



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2001 Vol. 3

1^{er} cahier, 2001 Vol. 3

Cited as [2001] 3 S.C.R. 3-207

Renvoi [2001] 3 R.C.S. 3-207

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT
PAULINE MCTAVISH

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis 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

Autobus Thomas Inc. v. Canada	5
Income tax — Tax on large corporation — Capital — Corporate taxpayer obtaining financing from bank to acquire new buses — Minister of National Revenue reassessing indebtedness as part of taxpayer's capital under s. 181.2(3) of Income Tax Act — Minister's reassessments upheld.	
Hollick v. Toronto (City)	158
Practice — Class actions — Certification — Plaintiff complaining of noise and physical pollution from landfill owned and operated by city — Plaintiff bringing action against city as representative of some 30,000 other residents who live in vicinity of landfill — Whether plaintiff meets certification requirements set out in provincial class action legislation — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1).	
Law Society of British Columbia v. Mangat	113
Constitutional law — Distribution of legislative powers — Paramountcy doctrine — Naturalization and aliens — Property and civil rights — Practice of law — Federal immigration legislation allowing non-lawyers to appear as counsel for a fee before Immigration and Refugee Board — Provincial legislation prohibiting non-lawyers from appearing for a fee before a tribunal — Whether subject matter of federal legislation falling within both Parliament's jurisdiction over naturalization and aliens and provincial jurisdiction over civil rights — If so, whether provincial legislation inoperative — Constitution Act, 1867, ss. 91(25), 92(13) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 30, 69(1) — Legal Profession Act, S.B.C. 1987, c. 25, s. 26.	
Proulx v. Quebec (Attorney General)	9
Civil liability — Malicious prosecution — Regime of immunity and extra-contractual civil liability applicable in Quebec law to Attorney General of Quebec and prosecutors — Whether Nelles applied integrally in Quebec — Whether facts alleged against Attorney General and prosecutor meet test set out in Nelles.	
R. v. J.W.R.	7
Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Theory of defence — Whether trial judge adequately charged jury on reasonable doubt and theory of defence.	
R. v. Mankwe	3
Criminal law — Trial — Selection of jury — Challenge for cause — Racial prejudice.	

Continued on next page

SOMMAIRE

Autobus Thomas Inc. c. Canada	5
Impôt sur le revenu — Impôt des grandes sociétés — Capital — Société contribuable obtenant auprès d'une banque un financement pour l'achat d'autobus neufs — Ministre du Revenu national établissant une nouvelle cotation en ajoutant les dettes du contribuable à son capital en vertu de l'art. 181.2(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Nouvelles cotisations du ministre confirmées.	
Hollick c. Toronto (Ville)	158
Pratique — Recours collectifs — Certification — Plainte contre du bruit et de la pollution provenant d'une décharge municipale — Action intentée par le demandeur contre la ville à titre de représentant de 30 000 autres personnes vivant dans les environs de la décharge — Les demandeurs respectent-ils les conditions de certification établies dans la loi provinciale sur les recours collectifs? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1).	
Law Society of British Columbia c. Mangat	113
Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Règle de la prépondérance — Naturalisation et aubains — Propriété et droits civils — Exercice du droit — Loi fédérale en matière d'immigration autorisant des non-avocats à comparaître en qualité de procureur rétribué devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Loi provinciale interdisant aux non-avocats de comparaître en qualité de procureur rétribué devant un tribunal administratif — La matière visée par la loi fédérale relève-t-elle à la fois de la compétence du Parlement relative à la naturalisation et aux aubains et de la compétence provinciale concernant les droits civils? — Dans l'affirmative, la loi provinciale est-elle inopérante? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(25), 92(13) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 30, 69(1) — Legal Profession Act, S.B.C. 1987, ch. 25, art. 26.	
Proulx c. Québec (Procureur général)	9
Responsabilité civile — Poursuites criminelles abusives — Régime d'immunité de responsabilité civile extra-contractuelle applicable en droit québécois au procureur général du Québec et à ses substituts — L'arrêt Nelles s'applique-t-il intégralement au Québec? — Les faits reprochés au procureur général et à son substitut rencontrent-ils les critères de l'arrêt Nelles?	
R. c. J.W.R.	7
Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Thèse de la défense — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes sur le doute raisonnable et la thèse de la défense?	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Rumley v. British Columbia.....184

Practice — Class actions — Class certification — Plaintiffs seeking to represent current and former students abused at residential school for deaf and blind operated by province — Whether plaintiffs meet certification requirements set out in provincial class action legislation — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Mankwe.....3

Droit criminel — Procès — Sélection des jurés — Récusation motivée — Préjugés raciaux.

Rumley c. Colombie-Britannique.....184

Pratique — Recours collectifs — Certification — Les demandeurs cherchent à représenter des élèves actuels et anciens victimes d'agressions dans un pensionnat pour sourds et aveugles administré par la province — Les demandeurs respectent-ils les conditions de certification établies dans la loi provinciale sur les recours collectifs? — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 2001

3^e volume, 2001

Clément Mukoko Mbaka Mankwe *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**African Canadian Legal Clinic and
Minority Advocacy and Rights Council**
Interveners

INDEXED AS: R. v. MANKWE

Neutral citation: 2001 SCC 63.

File No.: 27791.

2001: October 2.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Criminal law — Trial — Selection of jury — Challenge
for cause — Racial prejudice.*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal rendered January 11, 2000, upholding the trial judge's dismissal of the accused's motion to challenge for cause (1997), 12 C.R. (5th) 273, [1997] Q.J. No. 4058 (QL). Appeal allowed and new trial ordered.

Pascal Lescarbeau and Gabriela Vragovic, for the appellant.

Stella Gabbino and Manon Ouimet, for the respondent.

Marie Chen and Sheena Scott, for the interveners.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — In view of the Crown's concession with respect to the first grounds of

Clément Mukoko Mbaka Mankwe *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**African Canadian Legal Clinic et
Conseil de revendication et des droits des
minorités** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MANKWE

Référence neutre : 2001 CSC 63.

N° du greffe : 27791.

2001 : 2 octobre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Procès — Sélection des jurés —
Récusation motivée — Préjugés raciaux.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec rendu le 11 janvier 2000 et confirmant le rejet par le juge du procès de la requête en récusation motivée déposée par l'accusé (1997), 12 C.R. (5th) 273, [1997] A.Q. n° 4058 (QL). Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Pascal Lescarbeau et Gabriela Vragovic, pour l'appelant.

Stella Gabbino et Manon Ouimet, pour l'intimée.

Marie Chen et Sheena Scott, pour les intervenants.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Vu la concession faite par la Couronne quant aux premiers motifs d'appel, nous

appeal, we would all allow the appeal and order a new trial on the charges as laid against the accused.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Pascal Lescarbeau, Montréal.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Quebec, Montréal.

Solicitor for the interveners: The African Canadian Legal Clinic, Toronto.

sommes tous d'accord d'accueillir l'appel et d'ordonner un nouveau procès sur les accusations telles que portées contre l'accusé.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant : Pascal Lescarbeau, Montréal.

Procureur de l'intimée : Le procureur général du Québec, Montréal.

Procureur des intervenants : African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Autobus Thomas Inc. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: AUTOBUS THOMAS INC. v. CANADA

Neutral citation: 2001 SCC 64.

File No.: 27804.

2001: October 11.

Present: Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Tax on large corporation — Capital — Corporate taxpayer obtaining financing from bank to acquire new buses — Minister of National Revenue reassessing indebtedness as part of taxpayer's capital under s. 181.2(3) of Income Tax Act — Minister's reassessments upheld.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2000), 254 N.R. 316, 2000 D.T.C. 6299, [2000] F.C.J. No. 231 (QL), dismissing the taxpayer's appeal from a decision of the Tax Court of Canada, 99 D.T.C. 259, [1999] 2 C.T.C. 2001, upholding the Minister of National Revenue's reassessments of the taxpayer. Appeal dismissed.

Daniel Bourgeois and *Virginie April*, for the appellant.

Pierre Cossette and *Marie-Andrée Legault*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

GONTHIER J. — Since we are essentially in agreement with the reasons of Marceau J.A. and, in particular, his analysis of the relations between the parties, we would all dismiss the appeal with costs.

Autobus Thomas Inc. *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : AUTOBUS THOMAS INC. c. CANADA

Référence neutre : 2001 CSC 64.

N° du greffe : 27804.

2001 : 11 octobre.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Impôt des grandes sociétés — Capital — Société contribuable obtenant auprès d'une banque un financement pour l'achat d'autobus neufs — Ministre du Revenu national établissant une nouvelle cotisation en ajoutant les dettes du contribuable à son capital en vertu de l'art. 181.2(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Nouvelles cotisations du ministre confirmées.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (2000), 254 N.R. 316, 2000 D.T.C. 6165, [2000] A.C.F. n° 231 (QL), qui a rejeté l'appel du contribuable contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt, 99 D.T.C. 259, [1999] 2 C.T.C. 2001, qui avait confirmé les nouvelles cotisations établies par le ministre du Revenu national à l'égard du contribuable. Pourvoi rejeté.

Daniel Bourgeois et *Virginie April*, pour l'appelante.

Pierre Cossette et *Marie-Andrée Legault*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE GONTHIER — Étant essentiellement d'accord avec les motifs du juge Marceau et, en particulier, son analyse des relations entre les parties, nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Judgment accordingly.

*Solicitors for the appellant: Pothier Delisle,
Sainte-Foy.*

*Solicitor for the respondent: Justice Canada,
Montréal.*

Jugement en conséquence.

*Procureurs de l'appelante : Pothier Delisle, Sainte-
Foy.*

*Procureur de l'intimée : Justice Canada, Mont-
réal.*

J.W.R. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. J.W.R.

Neutral citation: 2001 SCC 65.

File No.: 28433.

2001: October 12.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Theory of defence — Whether trial judge adequately charged jury on reasonable doubt and theory of defence.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 84 B.C.L.R. (3d) 22, 146 B.C.A.C. 123, 239 W.A.C. 123, 151 C.C.C. (3d) 236, [2001] B.C.J. No. 39 (QL), 2001 BCCA 12, dismissing the accused's appeal from his conviction for sexual offences. Appeal allowed and new trial ordered.

D. Mayland McKimm, Q.C., and Susan E. Wishart, for the appellant.

Wendy Rubin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — Substantially for the reasons of Donald J.A., we would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal, and order a new trial.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Mayland McKimm & Associates, Victoria.

J.W.R. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ : R. c. J.W.R.

Référence neutre : 2001 CSC 65.

N° du greffe : 28433.

2001 : 12 octobre.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour et LeBel.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Thèse de la défense — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes sur le doute raisonnable et la thèse de la défense?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 84 B.C.L.R. (3d) 22, 146 B.C.A.C. 123, 239 W.A.C. 123, 151 C.C.C. (3d) 236, [2001] B.C.J. No. 39 (QL), 2001 BCCA 12, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'infractions d'ordre sexuel. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

D. Mayland McKimm, c.r., et Susan E. Wishart, pour l'appellant.

Wendy Rubin, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Essentiellement, pour les raisons données par le juge Donald, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et d'ordonner un nouveau procès.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant : Mayland McKimm & Associates, Victoria.

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

*Procureur de l'intimée : Le ministère du Procu-
reur général, Vancouver.*

Benoît Proulx *Appellant*

v.

The Attorney General of Quebec *Respondent***INDEXED AS: PROULX v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)****Neutral Citation: 2001 SCC 66.**

File N°.: 27235.

2000: December 11; 2001: October 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil liability — Malicious prosecution — Regime of immunity and extra-contractual civil liability applicable in Quebec law to Attorney General of Quebec and prosecutors — Whether Nelles applies integrally in Quebec — Whether facts alleged against Attorney General and prosecutor meet test set out in Nelles.

In 1986, the prosecutor determined that there were insufficient grounds to charge the appellant with the murder of his former girlfriend as there was no reliable identification evidence. The prosecution file was closed. Some five years later, in the midst of a sensational defamation claim launched by the appellant against a radio station and a retired police investigator who had worked on the file, the prosecutor was advised by the defamation case defendants of a potential new identification witness. The prosecutor added the defendant police investigator to the prosecution team, re-opened the file, and decided to prosecute the appellant on a first degree murder charge. At trial, the jury found the appellant guilty. On appeal, the Court of Appeal overturned the conviction with strong criticism of the lack of credible evidence. Following his acquittal, the appellant brought an action for damages for malicious prosecution against the Attorney General of Quebec. The Superior Court found the Attorney General liable and entered judgment against the Attorney General for over a million dollars in damages. A majority of the Court of Appeal allowed the Attorney General's appeal and dismissed the action. The question in front of this Court is whether this is one of the

Benoît Proulx *Appelant*

c.

Le procureur général du Québec *Intimé***RÉPERTORIÉ : PROULX c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)****Référence neutre : 2001 CSC 66.**

N° du greffe : 27235.

2000 : 11 décembre; 2001 : 18 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Poursuites criminelles abusives — Régime d'immunité de responsabilité civile extra-contractuelle applicable en droit québécois au procureur général du Québec et à ses substituts — L'arrêt Nelles s'applique-t-il intégralement au Québec? — Les faits reprochés au procureur général et à son substitut rencontrent-ils les critères de l'arrêt Nelles?

En 1986, le substitut du procureur général détermine qu'il n'y a pas suffisamment de motifs pour accuser l'appelant du meurtre de son ancienne amie de cœur, car il n'existe aucune preuve d'identification fiable. Il clôt le dossier de la poursuite. Environ cinq ans plus tard, à l'occasion d'allégations à sensation concernant une action en libelle diffamatoire intentée par l'appelant contre une station de radio et un enquêteur de police à la retraite qui a travaillé au dossier, les défendeurs dans l'action en libelle diffamatoire informent le substitut de l'existence d'un nouveau témoin qui pourrait fournir la preuve d'identification. Le substitut ajoute l'enquêteur de police défendeur à l'équipe de la poursuite, rouvre le dossier et décide de poursuivre l'appelant pour meurtre au premier degré. En première instance, le jury déclare l'appelant coupable. En appel, la Cour d'appel infirme la déclaration de culpabilité en critiquant sévèrement l'absence de preuve crédible. À la suite de son acquittement, l'appelant intente une action en dommages et intérêts pour poursuites criminelles abusives contre le procureur général du Québec. La Cour supérieure retient la responsabilité du procureur général et le condamne à payer plus d'un million de dollars en dommages et intérêts. La majorité de la Cour d'appel accueille l'appel du procureur général et rejette

exceptional cases in which Crown immunity for prosecutorial misconduct should be lifted.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ.: Prosecutors are vested with extensive discretion and decision-making authority to carry out their functions and courts should be very slow to second-guess a prosecutor's judgment calls when assessing Crown liability for prosecutorial misconduct. The Department of the Attorney General and its prosecutors, however, are not above the law and this is one of the exceptional cases in which Crown immunity for prosecutorial misconduct should be lifted. *Nelles* sets out four requirements that must be established on a balance of probabilities in an action in damages based on prosecutorial misconduct and those requirements are satisfied here. The record reveals that: (1) the respondent initiated the prosecution; (2) the prosecution resulted in the appellant's acquittal; (3) the Crown prosecutor did not have reasonable and probable cause upon which to found the charges brought against the appellant; and (4) the prosecution was motivated by an improper purpose.

Clearly a prosecutor need not be convinced beyond a reasonable doubt of an accused person's guilt before bringing charges, but there must be sufficient evidence to ground a reasonable belief that a conviction could properly be obtained. In this case, it must have been clear to the prosecutor in 1991, when he authorized the charge of first degree murder, that the evidence could not properly have resulted in a conviction. In particular, the eye-witness identification of the appellant, which was the primary basis for reopening the investigation and prosecuting him, was flagrantly inadequate and the surreptitiously recorded conversation between the appellant and the victim's father was likely inadmissible evidence. Even if admissible, that conversation lacked probative value. The charges brought against the appellant were grounded in mere suspicion and hypotheses and were not based on reasonable and probable cause. This, by itself, is not sufficient to ground the appellant's lawsuit.

L'action. La question dont la Cour est saisie consiste à déterminer s'il s'agit en l'espèce de l'un des cas exceptionnels où il faut lever l'immunité du ministère public contre une action fondée sur la conduite répréhensible du poursuivant.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major et Binnie : Les poursuivants jouissent d'un vaste pouvoir discrétionnaire et d'un grand pouvoir décisionnel dans l'exercice de leurs fonctions et les tribunaux doivent se montrer très réticents à mettre en doute rétrospectivement la sagesse des décisions du poursuivant lorsqu'ils évaluent la responsabilité du ministère public pour la conduite répréhensible du poursuivant. Le ministère du Procureur général et les substituts du procureur général ne sont toutefois pas au-dessus de la loi et il s'agit de l'un des cas exceptionnels où il faut lever l'immunité du ministère public contre une action fondée sur la conduite répréhensible du poursuivant. L'arrêt *Nelles* énonce quatre conditions à établir selon la prépondérance des probabilités dans une action en dommages et intérêts fondée sur la conduite répréhensible du poursuivant et ces conditions sont remplies en l'espèce. Le dossier révèle que : (1) l'intimé a engagé la poursuite; (2) la poursuite a mené à l'acquiescement de l'appelant; (3) le substitut du procureur général n'avait aucun motif raisonnable et probable sur lequel fonder les accusations portées contre l'appelant; et (4) la poursuite était motivée par un but illégitime.

Il est clair que le poursuivant ne doit pas être convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé avant de porter des accusations contre lui, mais il doit y avoir suffisamment d'éléments de preuve pour qu'il soit raisonnable de croire qu'une déclaration de culpabilité pourrait être obtenue régulièrement. En l'espèce, lorsqu'il a autorisé l'inculpation de l'appelant pour meurtre au premier degré en 1991, le substitut du procureur général aurait manifestement dû savoir que la preuve n'aurait pas pu entraîner régulièrement une déclaration de culpabilité. En particulier, l'identification de l'appelant par témoin oculaire, qui était le motif principal pour rouvrir l'enquête et poursuivre l'appelant, était manifestement inadéquate et l'enregistrement clandestin de la conversation entre l'appelant et le père de la victime était vraisemblablement inadmissible en preuve. Même si cette conversation avait été admissible, elle n'avait aucune valeur probante. Les accusations portées contre l'appelant s'appuyaient sur de simples soupçons et hypothèses et n'étaient pas fondées sur des motifs raisonnables et probables. Cela ne suffit pas en soi à fonder la poursuite engagée par l'appelant.

A suit for malicious prosecution requires evidence that reveals a willful and intentional effort on the Crown's part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system. In the civil law of Quebec, this is captured by the notion of "intentional fault". The key to a malicious prosecution is malice, but the concept of malice in this context includes prosecutorial conduct that is fuelled by an "improper purpose". Here, the improper purpose arose because of the mixing of a private interest (defence of the defamation suit) and a public interest (the prosecution). The trial judge so found and there was no valid basis for the Court of Appeal to interfere with this finding.

The prosecutor's decision to recruit the retired police investigator to assist in the resurrected prosecution file, notwithstanding his status as a defendant in the appellant's well-publicized million dollar defamation suit, is further evidence of malice in the sense of the prosecutor's apparent indifference to the improper mixing of public and private business.

The prosecutor lent his office to support a defence strategy in the defamation suit and, in so doing, was compromised by the retired police investigator's apparent manipulation of the evidence and the irregularities that took place during the re-opened investigation. There was a flagrant disregard for the rights of the appellant, fuelled by motives that were clearly improper. While *Nelles* established a generous boundary within which prosecutors acting in good faith have immunity despite bad decisions, the mixed motives of the prosecutor in this case carried him across that boundary and amounted to malice.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. (dissenting): In Quebec, the extra-contractual civil liability of the Attorney General of Quebec and of prosecutors for malicious prosecution is part of the public law. The public law of Quebec on this point is governed by the public common law. The principles laid down in *Nelles* are part of the public law of Quebec and those principles state that the Attorney General and prosecutors enjoy, not absolute immunity in respect of the tort of malicious prosecution, but relative immunity. *Nelles* applies integrally in Quebec and, consequently, there is no need to apply the notions of fault in Quebec's private law in order to decide that liability; rather, the public law test stated in *Nelles* should be applied. The necessary threshold for lifting the immunity of prosecutors is high. In this case, the facts alleged against the Attorney General and

Une action pour poursuites abusives exige des éléments de preuve révélant un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou de le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale. En droit civil québécois, un tel comportement est inclus dans la notion de « faute intentionnelle ». L'élément clé de la poursuite abusive est la malveillance, mais la notion de malveillance dans ce contexte inclut la conduite du poursuivant qui est motivée par un « but illégitime ». En l'espèce, le but illégitime découle du mélange entre une affaire d'intérêt privé (la défense à une action en libelle diffamatoire) et une affaire d'intérêt public (la poursuite). C'est la conclusion qu'a tirée le juge de première instance et la Cour d'appel n'avait aucun motif valable pour la modifier.

La décision de faire appel aux services du policier à la retraite dans le dossier rouvert par la poursuite, malgré sa qualité de défendeur dans l'action en libelle diffamatoire très médiatisée dans laquelle l'appellant réclamait un million de dollars, constitue un élément de preuve supplémentaire de malveillance, en ce sens que le substitut du procureur général ne s'est apparemment pas soucié de mélanger irrégulièrement une affaire d'intérêt public avec une affaire d'intérêt privé.

Le substitut a mis ses pouvoirs au service de la stratégie de la défense dans l'action en libelle diffamatoire et s'est ainsi compromis par la façon dont le policier à la retraite a apparemment manipulé la preuve et par les irrégularités qui se sont produites au cours du processus d'enquête après sa réouverture. Il y a eu mépris flagrant des droits de l'appellant, alimenté par des motifs totalement irréguliers. Bien que l'arrêt *Nelles* ait établi un cadre large à l'intérieur duquel les poursuivants agissant de bonne foi jouissent d'une immunité malgré de mauvaises décisions, les motifs ambigus du substitut l'ont fait sortir de ce cadre et constituent de la malveillance.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache (dissidents) : Au Québec, la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général du Québec et de ses substituts en matière de poursuites criminelles abusives relève du droit public. Le droit public du Québec à cet égard est régi par la common law de droit public. Les principes énoncés dans l'arrêt *Nelles* font donc partie du droit public québécois et ces principes indiquent que le procureur général et ses substituts jouissent non pas d'une immunité absolue à l'égard du délit civil de poursuites criminelles abusives mais d'une immunité relative. L'arrêt *Nelles* s'applique intégralement au Québec et, en conséquence, il n'y a pas lieu d'appliquer les notions de fautes du droit civil privé du Québec pour décider de cette responsabilité; il y a plutôt lieu de s'en tenir aux critères de droit public énoncés dans l'arrêt *Nelles*. Le seuil

the prosecutor do not meet the last two criteria in *Nelles*. The evidence in the record establishes that at the time the prosecution was initiated the prosecutor could reasonably have believed that he had reasonable and probable grounds to charge the appellant and that he did not act with malice.

The role of the Attorney General is not that of the judge, nor to be objectively satisfied, beyond a reasonable doubt, of the guilt of an accused, or even to ensure, in that respect, that the evidence he or she has will necessarily be sufficient to guarantee a guilty verdict. In subjective terms, he or she must believe in good faith in the guilt of the accused, and that certainty must be based on reasonable and probable grounds. From the record, it is apparent that the prosecutor had a sincere belief in the appellant's guilt. On the question of the objective analysis of the reasonableness of that belief, it must be determined whether a prudent and cautious person would have believed that the appellant was probably guilty of the crime. In applying that test, one must have regard to the circumstances of the case. In this case, the charge was laid on the basis of entirely circumstantial evidence. Even though none of the facts disclosed by the investigation at that time, taken in isolation, was sufficient to establish the guilt of the accused, that evidence, when added up and taken in its entirety, could reasonably have justified a finding of guilt.

In particular, at the time the criminal charge was laid, the prosecutor had reason to believe that the conversation between the victim's father and the appellant was admissible. The Court of Appeal acknowledged that, when the trial judge made his decision to admit the conversation, there were particular circumstances that justified the conclusion he had reached. In this particular context, we cannot require more of the prosecutor, at the time he laid the charge, than was required of the trial judge at the time his decision was made. On the question of the identification of the appellant, this was merely one element in the body of circumstantial evidence on which the charge was based. The new witness was not an eyewitness to the murder, and his testimony was not intended to identify a murderer, but rather simply to add an additional element to the body of evidence that was already available to the prosecutor. In addition, the rules set out in the case law regarding identification are very flexible. Even an "irregular" identification can be legally admissible in evidence. The prosecutor therefore acted in conformity with the state of the law regarding identification. Regardless of its probative value, the identification in this instance

requis permettant de lever l'immunité des procureurs de la Couronne est élevé. Dans la présente affaire, les faits reprochés au procureur général et à son substitut ne satisfont pas aux deux derniers critères de l'arrêt *Nelles*. La preuve au dossier établit qu'à l'époque du dépôt de la poursuite le substitut pouvait raisonnablement croire qu'il avait des motifs raisonnables et probables suffisants pour inculper l'appellant et qu'il n'a pas agi avec une intention malveillante.

Le rôle du procureur général n'est pas de se substituer au juge et d'être objectivement convaincu, hors de tout doute raisonnable, de la culpabilité d'un accusé ni même de s'assurer, à cet égard, que la preuve qu'il détient suffira nécessairement à garantir un verdict de culpabilité. Sur le plan subjectif, il doit croire de bonne foi en la culpabilité de l'accusé; cette certitude doit être basée sur des motifs raisonnables et probables. La lecture du dossier révèle une croyance sincère de la part du substitut en la culpabilité de l'appellant. Quant à l'analyse objective du caractère raisonnable de cette croyance, il faut déterminer si une personne prudente et diligente en viendrait à croire, de façon probable, l'appellant coupable du crime. Dans l'application d'un tel critère, on doit tenir compte des circonstances propres à l'affaire. En l'espèce, l'accusation a été déposée sur la base d'une preuve entièrement circonstancielle. Même si chacun des faits que révélait l'enquête à cette époque, pris isolément, ne permettait pas de conclure nécessairement à la culpabilité d'un accusé, ces éléments, ajoutés les uns aux autres et pris dans leur ensemble, pouvaient raisonnablement justifier qu'un accusé soit déclaré coupable.

En particulier, lors du dépôt de l'accusation criminelle, le substitut avait raison de croire que la preuve de la conversation entre le père de la victime et l'appellant était admissible. La Cour d'appel a reconnu que, au moment où le juge du procès a rendu sa décision d'admettre la conversation en preuve, il existait des circonstances particulières qui le justifiaient d'arriver à cette conclusion. Dans ce contexte particulier, on ne saurait exiger du substitut à l'époque où il a déposé la dénonciation, plus qu'on a exigé du juge du procès à l'époque où cette décision a été rendue. En ce qui concerne l'identification de l'appellant, cet élément n'était qu'un jalon dans l'ensemble de la preuve circonstancielle sur laquelle l'accusation était basée. Le nouveau témoin n'était pas un témoin oculaire du meurtre et son témoignage n'avait pas pour but d'identifier un meurtrier mais simplement d'apporter un élément supplémentaire au faisceau de preuves dont disposait déjà le substitut. De plus, les règles jurisprudentielles en matière d'identification sont très souples. Même une identification « irrégulière » n'empêche pas qu'elle puisse être légalement admise en preuve. Le substitut a donc agi conformément à l'état du droit en

was not illegal. It was up to the jury to assess that identification evidence, and it was up to the judge to caution the jury regarding its probative value. Even if the identification related solely to the appellant's eyes and beard, the prosecutor is neither judge nor jury, and he had the right, and even the duty, to take that evidence to the justice system, provided that he himself believed that it was valid. There is nothing in the record to suggest that this was not the case and that he acted in bad faith.

In light of the evidence in the prosecutor's possession at the time he authorized the laying of the charge of first degree murder against the appellant, when it is examined in its context in light of the nature of the evidence and the law at the time, the prosecutor could plausibly have believed that he had sufficient reasonable and probable grounds to charge the appellant. Other important elements suggest that there were sufficient grounds, such as the fact that the judge at the preliminary inquiry committed the appellant for trial. One must assume that the judge was cognizant of the state of the law. If he considered the evidence offered by the prosecutor to be sufficient to justify committal for trial, the prosecutor cannot be criticized for reaching the same conclusion. Moreover, the trial judge did not direct a verdict of acquittal and the appellant was found guilty by the jury at the end of his criminal trial.

To demonstrate malice, the appellant must show on a preponderance of evidence that there was an improper purpose and that the powers of the prosecutor were perverted to that end. This standard, which must be applied strictly, is a high and clear one, in that it calls for proof of the subjective intent of the prosecutor to act out of malice or with an improper purpose. In this case, the mere fact that he authorized the laying of a criminal charge which resulted in a verdict of acquittal cannot support the conclusion that there was malice on the part of the prosecutor. It would be contrary to the standard of conduct set out in *Nelles* and it would place an obligation on the prosecutor in respect of the result. A standard of that nature would amount to denying the prosecutor any immunity. The existence of reasonable and probable grounds for laying the charge rules out the possibility that the prosecutor was acting out of any "improper purpose" on this ground. The evidence in the record establishes that it was the appearance of a new witness that influenced the conduct of the prosecutor, and not the publicity surrounding the civil defamation action. The prosecutor had nothing to do with that action. It was only at the request of his superiors that he reopened the case. Nor can the prosecutor be criticized for the acts of an officer who was at that time retired from the police, when the prosecutor

matière d'identification. Quelle que soit sa valeur probante, l'identification n'était pas illégale en l'espèce. Il revenait au jury d'apprécier cette preuve d'identification et au juge de mettre le jury en garde quant à sa force probante. Même si l'identification ne portait que sur les yeux et la barbe de l'appellant, le substitut n'est ni juge ni jury et il avait le droit et même le devoir de porter cet élément de preuve devant la justice pourvu qu'il ait lui-même cru qu'il était valable. Rien au dossier ne laisse entendre que tel n'était pas le cas et qu'il agissait de mauvaise foi.

À la lumière des éléments de preuve que possédait le substitut lorsqu'il a autorisé le dépôt de l'accusation de meurtre au premier degré contre l'appellant, examinés dans leur contexte en tenant compte de leur nature et du droit à l'époque, le substitut pouvait vraisemblablement croire qu'il avait des motifs raisonnables et probables suffisants pour inculper l'appellant. D'autres éléments importants amènent à conclure à l'existence de motifs suffisants tels que le fait que le juge de l'enquête préliminaire a renvoyé l'appellant à procès. On doit présumer que le juge connaissait l'état du droit. S'il a jugé les éléments de preuve apportés par le substitut suffisants pour justifier le renvoi à procès, on ne saurait reprocher au substitut d'être arrivé à la même conclusion. De surcroît, le juge du procès n'a pas ordonné un verdict d'acquiescement et l'appellant a été reconnu coupable par le jury au terme de son procès criminel.

Pour démontrer une intention malveillante, l'appellant doit établir, selon la prépondérance de la preuve, la présence d'un but illégitime et le détournement des pouvoirs du substitut à cette fin. Cette norme, qui doit être appliquée de façon stricte, est élevée et claire puisqu'elle exige la preuve de l'intention subjective du substitut d'agir par malveillance ou dans un but illégitime. En l'espèce, le seul fait d'autoriser le dépôt d'une accusation criminelle dont l'issue est un verdict d'acquiescement ne saurait permettre de conclure à une intention malveillante de la part du substitut. Ce serait contraire à la norme de conduite de l'arrêt *Nelles* et cela créerait une obligation de résultat envers le substitut. Une telle norme équivaldrait à nier au substitut toute immunité. L'existence de motifs raisonnables et probables pour déposer l'acte d'accusation écarte tout « but illégitime » qu'aurait poursuivi le substitut. La preuve au dossier établit que c'est l'arrivée d'un nouveau témoin qui a influencé le comportement du ministère public et non pas la publicité entourant l'action civile en diffamation. Le substitut était totalement étranger à cette action. C'est uniquement à la demande de ses supérieurs qu'il a repris le dossier. On ne saurait non plus reprocher au substitut les gestes posés par un enquêteur, alors retraité, de la police, gestes que le substitut ignorait et pour lesquels l'enquêteur n'avait reçu aucun mandat du

was unaware of those acts, for which the investigator had received no mandate from the prosecutor. It is logical that the Attorney General, through the police, subsequently obtained that investigator's services to pursue the investigation, since he was the one who had conducted the entire investigation in this case from the beginning. Finally, there is no indication of malice on the part of the prosecutor in the prosecutor's use of the conversation between the victim's father and the appellant in his argument at trial.

In short, there is no evidence to show that the prosecutor acted for personal purposes, out of vengeance or ill-will toward the appellant, in bad faith or beyond his mandate for improper purposes, or that he committed a fraud on the law. A careful examination of the facts in evidence in the civil action shows rather that the prosecutor acted within the bounds of his functions as a public officer, by prosecuting an individual whom he believed, in good faith, to be guilty of a crime.

Cases Cited

By Iacobucci and Binnie JJ.

Followed: *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; **referred to:** *R. v. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145; *R. v. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Charest* (1990), 28 Q.A.C. 258; *R. v. S. (F.)* (2000), 47 O.R. (3d) 349; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Nelles v. Ontario, [1989] 2 S.C.R. 170; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Senez v. Montreal Real Estate Board*, [1980] 2 S.C.R. 555; *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Québec*, [1953] 2 S.C.R. 140; *The King v. Cliche*, [1935] S.C.R. 561; *McArthur v. The King*, [1943] Ex. C.R. 77; *The King v. Anthony*, [1946] S.C.R. 569; *R. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1958] O.R. 55; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Sparling v. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527; *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R.

substitut. Que le procureur général ait ensuite, par l'entremise de la police, obtenu les services de cet enquêteur pour poursuivre l'enquête est logique puisque c'était lui qui avait mené toute l'enquête dans ce dossier dès le début. Enfin, l'utilisation que le substitut a fait, lors de sa plaidoirie au procès, de la conversation entre le père de la victime et l'appelant ne révèle aucune intention malveillante de la part du substitut.

En somme, il n'y a aucun élément de preuve démontrant que le substitut aurait agi à des fins personnelles, par vengeance ou inimitié envers l'appelant, de mauvaise foi, hors de son mandat à des fins impropres, ou qu'il ait commis une fraude à la loi. Un examen attentif des faits mis en preuve lors de la poursuite civile démontre plutôt que le substitut a agi dans le cadre de ses fonctions d'officier public, en poursuivant un individu qu'il croyait, de bonne foi, coupable d'un crime.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Binnie

Arrêt suivi : *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; **arrêts mentionnés :** *R. c. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145; *R. c. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Charest* (1990), 28 Q.A.C. 258; *R. c. S. (F.)* (2000), 47 O.R. (3d) 349; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565.

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

Nelles c. Ontario, [1989] 2 R.C.S. 170; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *Senez c. Chambre d'Immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555; *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Québec*, [1953] 2 R.C.S. 140; *The King c. Cliche*, [1935] R.C.S. 561; *McArthur c. The King*, [1943] R.C. de l'É. 77; *The King c. Anthony*, [1946] R.C.S. 569; *R. c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1958] O.R. 55; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527; *Martel Building Ltd. c. Canada*,

860, 2000 SCC 60; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 298, 2000 SCC 12; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *Québec (Procureur général) v. Deniso LeBel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (1926); *Reference re Truscott*, [1967] S.C.R. 309; *R. v. Kaysaywaysemat* (1992), 10 C.R. (4th) 317; *R. v. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540; *Genest v. La Reine*, [1990] R.J.Q. 2387; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37; *R. v. Ruddick* (1980), 57 C.C.C. (2d) 421; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, aff'g (1985), 18 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Sobotniak* (1994), 155 A.R. 16; *Comeau v. La Reine*, [1992] R.J.Q. 339; *Amadzadegan-Shamirzadi v. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145; *R. v. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453; *R. v. Langille* (1990), 59 C.C.C. (3d) 544; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *Marcoux v. La Reine*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116; *R. v. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54; *Boudreault v. Barrett* (1998), 219 A.R. 67; *Thompson v. Ontario* (1998), 113 O.A.C. 82; *Reynen v. Canada* (1995), 184 N.R. 350; *Milgaard v. Kujawa* (1994), 118 D.L.R. (4th) 653; *Prete v. Ontario* (1993), 16 O.R. (3d) 161; *Deline v. Kidd*, [2001] B.C.J. No. 645 (QL), 2001 BCSC 491; *Monette v. Owens* (2000), 144 Man. R. (2d) 55; *Charemski v. Ontario*, [2000] O.J. No. 5231 (QL); *Fiset v. Toronto (City) Police Services Board*, [1999] O.J. No. 3731 (QL); *Perron v. Québec (Procureur général)*, [2000] Q.J. No. 4700 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Attorney General's prosecutors, R.S.Q., c. S-35.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Civil Code of Lower Canada, art. 356.

[2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 298, 2000 CSC 12; *Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; *Québec (Procureur général) c. Deniso LeBel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Imbler c. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976); *Yaselli c. Goff*, 12 F.2d 396 (1926); *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309; *R. c. Kaysaywaysemat* (1992), 10 C.R. (4th) 317; *R. c. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540; *Genest c. La Reine*, [1990] R.J.Q. 2387; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109; *Hicks c. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37; *R. c. Ruddick* (1980), 57 C.C.C. (2d) 421; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, conf. (1985), 18 C.C.C. (3d) 289; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Sobotniak* (1994), 155 A.R. 16; *Comeau c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 339; *Amadzadegan-Shamirzadi c. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145; *R. c. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453; *R. c. Langille* (1990), 59 C.C.C. (3d) 544; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. c. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116; *R. c. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54; *Boudreault c. Barrett* (1998), 219 A.R. 67; *Thompson c. Ontario* (1998), 113 O.A.C. 82; *Reynen c. Canada* (1995), 184 N.R. 350; *Milgaard c. Kujawa* (1994), 118 D.L.R. (4th) 653; *Prete c. Ontario* (1993), 16 O.R. (3d) 161; *Deline c. Kidd*, [2001] B.C.J. No. 645 (QL), 2001 BCSC 491; *Monette c. Owens* (2000), 144 Man. R. (2d) 55; *Charemski c. Ontario*, [2000] O.J. No. 5231 (QL); *Fiset c. Toronto (City) Police Services Board*, [1999] O.J. No. 3731 (QL); *Perron c. Québec (Procureur général)*, [2000] J.Q. n° 4700 (QL).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code civil du Bas Canada, art. 356.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 1376.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 1376.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 94.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

Authors Cited

- Archambault, Jean-Denis. "Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec: variations de droit public" (1992), 52 *R. du B.* 515.
- Archambault, Jean-Denis. "Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d'accusations pénales erronées: le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*)" (1999), 59 *R. du B.* 59.
- Butt, David. "Malicious Prosecution: *Nelles v. Ontario*: REJOINDER — John Sopinka — [1994] 74 *Can. Bar Rev.* 366" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 335.
- Canada. Law Reform Commission. *Pretrial Eyewitness Identification Procedures*. By Neil Brooks. Ottawa: The Commission, 1983.
- Côté, Pierre-André. "La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise — Commentaire de l'arrêt *Laurentide Motels*" (1994), 28 *R.J.T.* 411.
- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.
- Garant, Patrice. "La responsabilité civile de la puissance publique: du clair obscur au nébuleux" (1991), 32 *C. de D.* 745.
- Giroux, Pierre, et Stéphane Rochette. "La mauvaise foi et la responsabilité de l'État". Dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, vol. 119. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999, 117.
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Immarigeon, Henriette. *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1965.
- Klar, Lewis N. "Recent Developments in Canadian Law: Tort Law" (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 177.
- Lordon, Paul. *Crown Law*. Toronto: Butterworths, 1991.
- Pigeon, Louis-Philippe. *Drafting and Interpreting Legislation*. Toronto: Carswell, 1988.
- Robinette, J. J. "Circumstantial Evidence", [1955] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 307.
- Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.
- Sheppard, Anthony F. *Evidence*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1988.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 94.
Loi sur les substituts du procureur général, L.R.Q., ch. S-35.

Doctrine citée

- Archambault, Jean-Denis. « Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec : variations de droit public » (1992), 52 *R. du B.* 515.
- Archambault, Jean-Denis. « Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d'accusations pénales erronées : le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*) » (1999), 59 *R. du B.* 59.
- Butt, David. « Malicious Prosecution : *Nelles v. Ontario* : REJOINDER — John Sopinka — [1994] 74 *Can. Bar Rev.* 366 » (1996), 75 *R. du B. can.* 335.
- Canada. Commission de réforme du droit. *L'identification par témoin oculaire avant le procès*. Par Neil Brooks. Ottawa : La Commission, 1983.
- Côté, Pierre-André. « La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise — Commentaire de l'arrêt *Laurentide Motels* » (1994), 28 *R.J.T.* 411.
- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence : Principles and Problems*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1996.
- Garant, Patrice. « La responsabilité civile de la puissance publique : du clair obscur au nébuleux » (1991), 32 *C. de D.* 745.
- Giroux, Pierre, et Stéphane Rochette. « La mauvaise foi et la responsabilité de l'État ». Dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, vol. 119. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999, 117.
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Immarigeon, Henriette. *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada*. Montréal : Wilson et Lafleur, 1965.
- Klar, Lewis N. « Recent Developments in Canadian Law : Tort Law » (1991), 23 *R.D. Ottawa* 177.
- Lordon, Paul. *La Couronne en droit canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992.
- Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*. Québec : Éditeur officiel, 1965.
- Robinette, J. J. « Circumstantial Evidence », [1955] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 307.
- Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1995.
- Sheppard, Anthony F. *Evidence*, 3rd ed. Toronto : Carswell, 1988.

Sopinka, John. “Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests: Remedies: *Nelles v. Ontario: R. v. Jedynack: R. v. Simpson*” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 366.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Walton, F. P. “The Legal System of Quebec” (1913), 33 *Can. L.T.* 280.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.J.Q. 398, [1999] R.R.A. 56, [1999] Q.J. No. 373 (QL), setting aside judgments of the Superior Court, [1997] R.J.Q. 2509, [1997] R.R.A. 1118, [1997] Q.J. No. 2710 (QL); [1997] R.J.Q. 2516, [1997] Q.J. No. 2711 (QL). Appeal allowed with costs, L’Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting.

Christian Trépanier and Lawrence Corriveau, Q.C., for the appellant.

Claude Gagnon, Alain Loubier and Carole Soucy, for the respondent.

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

IACOBUCCI AND BINNIE JJ. —

I. Introduction

In 1986, the prosecutor determined that there were insufficient grounds to charge the appellant with the murder of his former girlfriend, France Alain. There was no doubt that a murder had occurred. It was the prosecutor’s opinion, however, that there was no reliable identification evidence against the appellant or anyone else. The prosecution file was closed.

Some five years later, Radio Station CHRC broadcast sensational allegations linking the appellant to the murder, and the appellant retaliated in January 1991 with an action for defamation claiming damages of a million dollars against André Arthur, a journalist of the radio station, and John Tardif, the then retired police investigator who had worked on the closed file.

Sopinka, John. « Malicious Prosecution : Invasion of Charter Interests : Remedies : *Nelles v. Ontario : R. v. Jedynack : R. v. Simpson* » (1995), 74 *R. du B. can.* 366.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

Walton, F. P. « The Legal System of Quebec » (1913), 33 *Can. L.T.* 280.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec, [1999] R.J.Q. 398, [1999] R.R.A. 56, [1999] J.Q. n° 373 (QL), qui a infirmé des jugements de la Cour supérieure, [1997] R.J.Q. 2509, [1997] R.R.A. 118, [1997] A.Q. n° 2710 (QL); [1997] R.J.Q. 2516, [1997] A.Q. n° 2711 (QL). Pourvoi accueilli avec dépens, les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents.

Christian Trépanier et Lawrence Corriveau, c.r., pour l’appelant.

Claude Gagnon, Alain Loubier et Carole Soucy, pour l’intimé.

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

LES JUGES IACOBUCCI ET BINNIE —

I. Introduction

En 1986, le substitut du procureur général a déterminé qu’il n’y avait pas suffisamment de motifs pour accuser l’appelant du meurtre de son ancienne amie de cœur, France Alain. Il ne faisait aucun doute qu’un meurtre avait été commis. Toutefois, le substitut était d’avis qu’il n’y avait aucune preuve d’identification fiable contre l’appelant ou contre qui que ce soit d’autre. Il a alors clos le dossier de la poursuite.

Environ cinq ans plus tard, la station radiophonique CHRC a diffusé des allégations à sensation établissant un rapport entre l’appelant et le meurtre. En janvier 1991, l’appelant a répliqué par une action en libelle diffamatoire dans laquelle il réclamait un million de dollars en dommages-intérêts contre André Arthur, un journaliste de la station, et contre John Tardif, l’enquêteur de police qui avait

The appellant had previously worked as a news reader at CHRC.

travaillé au dossier clos et qui avait pris sa retraite depuis. L'appellant avait déjà travaillé comme lecteur de nouvelles à la station CHRC.

3

At this point, more than eight years after the murder, a journalist at CHRC (the appellant claims it was Arthur himself) contacted Tardif about a new witness who allegedly could supply the necessary eyewitness identification. The witness's name was Paul-Henri Paquet. According to Paquet's sworn declaration, [TRANSLATION] "all the commotion" around the case, including the news reports involving Tardif and Arthur, is what convinced him to come forward. Subsequently, declared Paquet, he saw the appellant's picture in a newspaper article about the appellant's defamation suit against Tardif and Arthur and was suddenly struck by the eyes of the appellant whom he allegedly recognized as the man he encountered on the night of the murder. Paquet declared:

À ce moment-là, plus de huit ans après le meurtre, un journaliste de CHRC (l'appelant prétend qu'il s'agissait d'Arthur lui-même) a communiqué avec Tardif au sujet d'un nouveau témoin qui, à son avis, pourrait fournir la preuve nécessaire d'identification par témoin oculaire. Le témoin s'appelait Paul-Henri Paquet. Selon la déclaration assermentée de Paquet, c'est « tout ce brassage » entourant l'affaire, dont les nouvelles portant sur Tardif et Arthur, qui l'a convaincu d'agir. Paquet a ajouté qu'il avait ensuite vu la photo de l'appelant dans un article de journal portant sur l'action en libelle diffamatoire intentée contre Tardif et Arthur, qu'il avait soudainement été frappé par les yeux de l'appelant et qu'il avait reconnu l'appelant comme l'homme qu'il avait rencontré le soir du meurtre. Paquet a déclaré ce qui suit :

[TRANSLATION] So at 8 a.m. I decided to go immediately to radio station CHRC to leave a message for Mr. Arthur and/or Mr. Tardif that I would probably have something to add to the France Alain case. (I told an announcer named Mr. Thibeault that the night of the murder someone had said to me "Don't go see it, it's not a nice thing to see.")

J'ai donc décidé à 8h a.m. de me rendre sans délai au poste de CHRC afin de laisser un message à M. Arthur et/ou M. Tardif que j'aurais probablement quelque chose à ajouter au dossier de France Alain. (J'ai dit à un annonceur M. Thibeault que le soir du meurtre un individu qui m'a dit va pas voir ça c'est pas beau à voir.)

Paquet also swore that a few days later (evidently through the intervention of someone at CHRC), he met with Tardif [TRANSLATION] "who had taken charge of the case".

Paquet a aussi déclaré sous serment que, quelques jours plus tard (manifestement en raison de l'intervention d'une personne à CHRC), il avait rencontré Tardif, « qui avait pris charge du dossier ».

4

Under our criminal justice system, prosecutors are vested with extensive discretion and decision-making authority to carry out their functions. Given the importance of this role to the administration of justice, courts should be very slow indeed to second-guess a prosecutor's judgment calls when assessing Crown liability for prosecutorial misconduct. *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, affirmed unequivocally the public interest in setting the threshold for such liability very high, so as to deter all but the most serious claims against the prosecuting authorities, and to ensure that Crown liability is engaged in only the most exceptional circumstances. Against these vital considerations is the principle that the Ministry of the Attorney General and its

Dans notre système de justice pénale, les poursuivants jouissent d'un vaste pouvoir discrétionnaire et d'un grand pouvoir décisionnel dans l'exercice de leurs fonctions. Compte tenu de l'importance de ce rôle pour l'administration de la justice, les tribunaux doivent se montrer vraiment très réticents à mettre en doute rétrospectivement la sagesse des décisions du poursuivant, lorsqu'ils évaluent la responsabilité du ministère public pour la conduite répréhensible du poursuivant. L'arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, a confirmé sans équivoque qu'il était dans l'intérêt public que le seuil de cette responsabilité soit très élevé, de manière à décourager les demandes, sauf les plus sérieuses, contre les autorités chargées des poursuites et à

prosecutors are not above the law and must be held accountable. Individuals caught up in the justice system must be protected from abuses of power. In part, this accountability is achieved through the availability of a civil action for malicious prosecution. As stated by Lamer J. (as he then was) in *Nelles*, at p. 195:

... public confidence in the office of a public prosecutor suffers greatly when the person who is in a position of knowledge in respect of the constitutional and legal impact of his conduct is shielded from civil liability when he abuses the process through a malicious prosecution.

The allegations in this case address one of those exceptional circumstances where it has been established on a balance of probabilities that the prosecutorial office has been found to have been used deliberately for purposes that we believe were improper and inconsistent with the traditional prosecutorial function (*Nelles*, *supra*, at pp. 196-97). Civil liability for malicious prosecution is therefore an appropriate remedy.

With all due respect to L'Heureux-Dubé J.'s statement of the application of "public" common law principles to actions brought in Quebec against the Crown for malicious prosecution, we prefer the analysis of LeBel J.A. (as he then was) in the Quebec Court of Appeal ([1999] R.J.Q. 398), which delineated the respective roles of public law and private law. We think, as well, that his approach is more consonant with the approach to this issue taken in common law jurisdictions. However, nothing turns on this doctrinal difference in the present appeal. Our disagreement with our colleague turns on the facts of this particular case.

It is important to note that when the Quebec Court of Appeal overturned the appellant's

garantir que seules les circonstances les plus exceptionnelles entraînent la responsabilité du ministère public. En contrepartie de ces considérations essentielles, il existe un principe selon lequel le ministère du Procureur général et les substituts du procureur général ne sont pas au-dessus de la loi et doivent rendre compte de leurs actes. Toute personne prise dans l'engrenage du système de justice doit être protégée contre les abus de pouvoir. Cette obligation de rendre compte se concrétise notamment par la possibilité d'une action civile pour poursuites abusives. Comme l'a affirmé le juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Nelles*, p. 195 :

... la confiance du public dans l'institution du poursuivant public diminue beaucoup lorsque la personne qui est en mesure de connaître l'impact constitutionnel et juridique de sa conduite est mise à l'abri de la responsabilité civile quand elle abuse du processus en engageant des poursuites abusives.

Les allégations en l'espèce portent sur l'un des cas exceptionnels où il a été établi, suivant la prépondérance des probabilités, que le substitut du procureur général avait délibérément exercé ses pouvoirs à des fins qui, à notre avis, étaient illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant (*Nelles*, précité, p. 196-197). La responsabilité civile pour poursuites abusives constitue donc une réparation appropriée.

Avec égards pour l'affirmation du juge L'Heureux-Dubé quant à l'application des principes de common law « de droit public » aux actions pour poursuites abusives intentées au Québec contre le ministère public, nous préférons l'analyse effectuée par le juge LeBel (maintenant juge de notre Cour) à la Cour d'appel du Québec ([1999] R.J.Q. 398), dans laquelle il a exposé les rôles respectifs du droit public et du droit privé. Nous estimons également que sa conception est plus conforme à la façon dont les tribunaux de common law abordent cette question. Toutefois, cette différence sur le plan des principes applicables n'est pas pertinente dans le présent pourvoi. Notre désaccord avec notre collègue porte sur les faits de la présente affaire.

Il est important de souligner que la Cour d'appel du Québec, lorsqu'elle a annulé la déclaration

conviction on the basis that no properly instructed jury could reasonably have found him guilty beyond a reasonable doubt, it not only criticized the trial judge for palpable errors but also pointed out the speculative and hypothetical nature of the theory which constituted the basis for initiating proceedings against the appellant: [1992] R.J.Q. 2047, 76 C.C.C. (3d) 316. In a concluding statement, the Court of Appeal observed that (at p. 383 C.C.C.):

[TRANSLATION] . . . the jury's verdict rests in part on evidence that the judge should have excluded. We are also of the view that the jury ended up at its verdict on the basis of inadequate instructions, in particular on the visual identification evidence and the question of motive. Finally, we consider that the identification evidence is so lacking in probative value that it would be unreasonable, even taking into account the other evidence called by the Crown, to find beyond a reasonable doubt that Mr. Paquet saw the appellant near the scene of the crime on the evening of October 25, 1982.

7

Like the trial judge and LeBel J.A., dissenting in the result in the Quebec Court of Appeal, we find that the record in this appeal suffices to satisfy the *Nelles* test because it reveals that: (1) the Crown prosecutor did not have reasonable and probable cause upon which to found the charges brought against the appellant, and (2) the prosecution was motivated by an improper purpose which in law constitutes malicious conduct and intentional fault. Thus, for the reasons that follow, we are of the view that this is one of the exceptional cases in which Crown immunity for prosecutorial misconduct should be lifted. We would therefore allow this appeal.

II. Analysis

8

The starting point in any criminal prosecution is the presumption of innocence. The prosecutor must assess, in good faith and without any motive but the furtherance of the administration of justice, whether the presumption of innocence can be rebutted in a court of law. This is a practical decision based on the prosecutor's experience and knowledge, and on

de culpabilité de l'appelant au motif qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu raisonnablement déclarer ce dernier coupable hors de tout doute raisonnable, a non seulement reproché au juge du procès d'avoir commis des erreurs manifestes, mais a également relevé le caractère hypothétique et conjectural de la théorie sur laquelle le ministère public a fondé les poursuites intentées contre l'appelant : [1992] R.J.Q. 2047. La Cour d'appel a fait remarquer en conclusion (à la p. 2087) que :

. . . le verdict du jury repose en partie sur des éléments de preuve que le juge aurait dû exclure. Nous sommes aussi d'avis que le jury a abouti à son verdict à partir de directives inadéquates, notamment sur la preuve d'identification oculaire et concernant la question du mobile. Enfin, nous estimons que la preuve d'identification est à ce point démunie de valeur probante qu'il serait déraisonnable, même en tenant compte des autres éléments invoqués par le ministère public, d'en tirer la conclusion hors de tout doute raisonnable que M. Paquet a vu l'appelant près du crime dans la soirée du 25 octobre 1982.

À l'instar du juge de première instance et du juge LeBel, dissident sur le résultat à la Cour d'appel du Québec, nous estimons que le dossier dans le présent pourvoi suffit pour satisfaire au critère de l'arrêt *Nelles* parce qu'il révèle que : (1) le substitut du procureur général n'avait aucun motif raisonnable et probable sur lequel fonder les accusations portées contre l'appelant; (2) la poursuite était motivée par un but illégitime, qui, en droit, constitue de la malveillance et une faute intentionnelle. Par conséquent, pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis qu'il s'agit de l'un des cas exceptionnels où il faut lever l'immunité du ministère public contre une action fondée sur la conduite répréhensible du poursuivant. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le présent pourvoi.

II. Analyse

La présomption d'innocence constitue le point de départ de toute poursuite criminelle. Le poursuivant doit déterminer, de bonne foi et dans le seul but de favoriser l'administration de la justice, si la présomption d'innocence peut être réfutée devant une cour de justice. Il s'agit d'une décision pratique, fondée sur l'expérience et les connaissances

his or her assessment of all the potentially relevant evidence. A failed prosecution does not without more — much more — give rise to a viable claim for prosecutorial wrongdoing.

As we have noted above, *Nelles* set out four requirements that must be established on a balance of probabilities by the claimant in an action in damages based on prosecutorial misconduct in order to avoid the Crown's relative immunity against such suits. In this appeal, the first two requirements, namely that the respondent initiated the prosecution, and that the prosecution resulted in the appellant's acquittal, are clearly satisfied. Our disagreement with our colleague relates to the additional two requirements, namely that the respondent lacked reasonable and probable grounds to prosecute the appellant, and that the prosecution was tainted with an improper motive.

A. *Absence of Reasonable and Probable Cause*

The existence of reasonable and probable grounds was defined for present purposes in *Nelles* at p. 193 as follows:

This test contains both a subjective and objective element. There must be both actual belief on the part of the prosecutor and that belief must be reasonable in the circumstances. The existence of reasonable and probable cause is a matter for the judge to decide as opposed to the jury.

The best evidence that the prosecutor lacked reasonable and probable grounds prior to 1991 is the prosecutor's own admission in the stay application that there was no case to justify the laying of charges at that time. As our colleague states at para. 163: "He was aware of his role, his responsibilities and the law, and he closed the file". The analysis, then, turns to the events of 1991, and to a consideration of what changed the prosecutor's decision and resulted in the charge of first degree murder being laid against the appellant on March 20, 1991. Two pieces of evidence appear to have been critical to that reversal. They constitute the bulk of the case against the appellant. Firstly, the eyewitness

du poursuivant, ainsi que sur son évaluation de l'ensemble des éléments de preuve potentiellement pertinents. Le rejet d'une poursuite ne saurait, sans plus — beaucoup plus —, donner lieu à une allégation valable de conduite fautive de la part de la poursuite.

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'arrêt *Nelles* énonce quatre conditions que le demandeur doit établir, selon la prépondérance des probabilités, pour écarter l'immunité relative du ministère public contre une action en dommages-intérêts fondée sur la conduite répréhensible du poursuivant. Dans le présent pourvoi, les deux premières conditions, à savoir que l'intimé a engagé la poursuite et que la poursuite a mené à l'acquiescement de l'appelant, sont manifestement remplies. Notre désaccord avec notre collègue a trait aux deux autres conditions, soit que l'intimé n'avait aucun motif raisonnable et probable pour poursuivre l'appelant et que la poursuite était viciée par un motif illégitime.

A. *L'absence de motif raisonnable et probable*

Aux fins de l'espèce, il y a lieu de reprendre la définition suivante de l'existence de motifs raisonnables et probables figurant dans l'arrêt *Nelles*, p. 193 :

Ce critère comporte à la fois un élément subjectif et un élément objectif. Il doit y avoir une croyance réelle de la part du poursuivant et cette croyance doit être raisonnable dans les circonstances. La question de l'existence d'un motif raisonnable et probable est à décider par le juge et non par le jury.

La meilleure preuve que le substitut du procureur général n'avait aucun motif raisonnable et probable avant 1991 est son propre aveu, dans la demande d'arrêt des procédures, selon lequel rien ne justifiait le dépôt d'accusations à l'époque. Comme notre collègue l'affirme au par. 163 : « Conscient de son rôle, de ses responsabilités et de la loi, il clôt le dossier ». L'analyse repose donc sur les événements de 1991 et sur l'examen de ce qui a poussé le substitut à changer d'idée et à porter une accusation de meurtre au premier degré contre l'appelant le 20 mars 1991. Deux éléments de preuve paraissent avoir joué un rôle crucial dans cette volte-face. Ils constituent l'essentiel des éléments de preuve

9

10

11

“identification” by Paquet. Secondly, the prosecutor’s re-evaluation, in light of Paquet’s evidence, of the conversation between the appellant and the victim’s father which took place on May 30, 1983 and which was surreptitiously recorded by the police. We will deal with these items separately.

(1) The Evidence of Identification

12

The critical evidence, from the Crown’s perspective, was the alleged identification of the appellant by the witness, Paquet. However, the process through which this identification was carried out was extremely flawed and unusual. As mentioned, Paquet came forward through the intervention of the defendants in the defamation action more than eight years after the murder. He claimed to have seen the probable perpetrator of France Alain’s murder just minutes after she was shot. Although Paquet allegedly reported the encounter to three other people within hours of the murder, it is not explained why he did not go to the police eight years earlier. Indeed, even in 1991, rather than going straight to the police, Paquet went to the CHRC radio station, having been made aware of the well-publicized defamation action brought by the appellant. Paquet made this visit after seeing a photograph of the appellant featured in a newspaper article on February 9, 1991, about the appellant’s initial allegation of defamation. (The appellant began a second action in defamation after his conviction was reversed by the Quebec Court of Appeal on August 20, 1992, but this second action came too late to have any relevance to the present proceedings.) The appellant says it was Arthur himself who initially sent Paquet not to the police but to speak to Tardif.

13

We wish to make it clear that we impugn neither the motives nor the trustworthiness of Paquet. The issue, simply, is the very limited nature of what

recueillis contre l’appelant. Il s’agit en premier lieu de l’« identification » par le témoin oculaire Paquet et, en deuxième lieu, de la réévaluation par le substitut, à la lumière du témoignage de Paquet, de la conversation du 30 mai 1983 entre l’appelant et le père de la victime, qui a été enregistrée clandestinement par la police. Nous examinerons ces éléments séparément.

(1) La preuve d’identification

Du point de vue du ministère public, l’élément de preuve crucial était la présumée identification de l’appelant par le témoin Paquet. Toutefois, cette identification a été obtenue par un processus inusité, qui comportait de très graves lacunes. Comme nous l’avons mentionné, Paquet s’est présenté comme témoin grâce à l’intervention des défendeurs dans l’action en libelle diffamatoire, plus de huit ans après le meurtre. Il a prétendu avoir vu l’auteur probable du meurtre de France Alain quelques minutes à peine après qu’elle a été abattue. Selon les allégations, Paquet aurait relaté cette rencontre à trois autres personnes dans les heures suivant le meurtre, mais aucune explication n’a été fournie quant à la raison pour laquelle il n’a pas communiqué avec la police huit ans auparavant. D’ailleurs, même en 1991, plutôt que de s’adresser directement à la police, Paquet s’est rendu à la station radiophonique CHRC, après avoir appris l’existence très médiatisée de l’action en libelle diffamatoire intentée par l’appelant. Paquet a fait cette visite après avoir vu une photographie de l’appelant publiée le 9 février 1991 dans un article de journal portant sur l’allégation initiale de diffamation de l’appelant. (L’appelant a intenté une deuxième action en libelle diffamatoire après l’annulation de sa déclaration de culpabilité par la Cour d’appel du Québec en date du 20 août 1992, mais cette action a été intentée trop tard pour avoir quelque pertinence que ce soit dans la présente instance.) L’appelant prétend que c’est Arthur lui-même qui a d’abord envoyé Paquet parler à Tardif, plutôt qu’à la police.

Nous tenons à préciser que nous ne mettons aucunement en doute les motifs et la sincérité de Paquet. La question concerne simplement

he could honestly say about his encounter with a [TRANSLATION] “bearded man” on the night in question. Such an encounter may have happened, but what if anything did it have to do with the appellant?

Paquet told Tardif that he had identified the appellant’s eyes from the recently published newspaper photo, eight years after he supposedly saw him during a momentary encounter at night. Tardif then showed Paquet a photo of the appellant, but covered all but the appellant’s eyes. Paquet affirmed that these were the eyes of his “bearded man”, whom he had seen on the night of the murder. However, when the full face of the appellant was revealed, Paquet candidly stated that this was not the man he had seen. This was Paquet’s evidence on this point:

[TRANSLATION] Yes, at some point we were at the scene of the incident that I described this morning, earlier, and then at some point, he [Tardif] had me get into his automobile. Then he said to me: “I’ll show you a photograph of Benoît Proulx.” Then he said: “You tell me whether or not that was who you saw.”

Then I immediately told him, I said: “Do you want to help me out, we can do it this way.” I then said: “Begin by showing me the eyes, cover everything, and then begin by showing me the eyes and then afterwards you’ll pull out your photograph.”

He had a white envelope. It was quite a large photograph. Then he put — he arranged things so as to show me just the eyes, and I then said: “It’s my guy’s eyes, again, there, it’s my bearded guy’s eyes.”

So, when he showed me the photograph, he had a new permanent, I can say and it was black, a big beard and it’s completely different; they weren’t the same glasses. I said: “That’s fine but it’s not my guy.”

He then had a look like he wanted to say: “Well, listen, it’s him.”

Well, I said, “No, it’s not the guy I saw”, after I had recognized only the eyes from the photograph and I didn’t want to agree, accept it. . . . [Emphasis added.]

la portée très limitée de ce qu’il pouvait honnêtement dire au sujet de sa rencontre avec un « barbu » dans la soirée en question. Une telle rencontre s’est peut-être produite, mais en quoi, le cas échéant, pouvait-elle avoir un rapport avec l’appelant?

Paquet a raconté à Tardif qu’il avait identifié les yeux de l’appelant à partir de la photo publiée peu auparavant dans le journal, huit ans après avoir prétendument aperçu l’appelant un soir lors d’une rencontre momentanée. Tardif a alors montré à Paquet une photo de l’appelant, sur laquelle il avait tout couvert sauf les yeux. Paquet a affirmé qu’il s’agissait des yeux de « son barbu », soit celui qu’il avait vu le soir du meurtre. Toutefois, lorsque Tardif lui a montré l’ensemble du visage de l’appelant, Paquet a candidement affirmé qu’il ne s’agissait pas de l’homme qu’il avait vu. Paquet a témoigné ainsi sur ce point :

Oui, à un moment donné on a été sur les lieux de l’incident que j’ai énumérés ce matin, tantôt, et puis à un moment donné il [M. Tardif] m’a fait embarquer dans son automobile puis il dit : « Je vas te montrer une photo de Benoît Proulx puis, il dit, tu vas me dire si celle-là que t’as vue ou pas vue ».

Alors, je lui ai dit tout de suite, j’ai dit : « Veux-tu me faire une affaire, on va faire une affaire, là, j’ai dit, commence par me montrer les yeux, cache tout, là, puis commence par me montrer les yeux puis après ça tu sortiras ta photo ».

Alors, il avait une enveloppe blanche, c’est une photographie assez grande, alors il a mis — il s’est arrangé pour me montrer juste les yeux, bien, j’ai dit : « C’est les yeux de mon gars, encore une fois, là, c’est les yeux de mon barbu ».

Alors, quand qu’il m’a montré la photo, là il avait une permanente neuve, là, que je peux dire, là, et puis noir, une grande barbe puis c’est complètement différent, ce n’était pas les mêmes lunettes, j’ai dit : « C’est bien de valeur mais ce n’est pas mon gars ».

Alors là, il avait de l’air à vouloir dire : « Bien cou-donc, c’est bien lui ».

Bien, j’ai dit : « Non, ce n’est pas celui que j’ai vu », après que j’ai reconnu les yeux seulement sur cette photo-là puis je n’ai pas voulu donner, accepter, là . . . [Nous soulignons.]

15 Tardif did not disclose the existence of Paquet's evidence to the police for several weeks thereafter. The prosecutor was then made aware of Paquet's existence and of Tardif's attempt to implicate the appellant.

16 Once Paquet's existence had been disclosed to the authorities, the Crown prosecutor met with Paquet in the presence of Tardif, and Paquet was shown a series of eight more photographs of the appellant taken during a labour dispute, in which the appellant was protesting in front of his radio station. There was no proper reason for Tardif, with his own separate agenda, to be allowed to be present at this meeting. There was even less reason for the City of Sainte-Foy then to hire Tardif as part of the criminal investigation team despite his obvious conflict of interest.

17 No photographs of similar-looking people were included in the eight photographs. If Paquet were to make an identification at all, it had to be of the appellant. On this point we agree with the observation made in *R. v. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145, at pp. 147-48, referred to by our colleague at para. 191, but with respect, it seems to refute rather than support her conclusion. In that case, Lord Hewart C.J. wrote, at p. 148:

One distinction, however, is quite clear. It is one thing for a police officer, who is in doubt upon the question who shall be arrested, to show a photograph to another person in order to obtain information or a clue upon that matter; it is another thing for a police officer dealing with witnesses who are afterwards to be called as identifying witnesses to show to those persons photographs of those whom they are about to be asked to identify beforehand.

18 Our colleague suggests that *Dwyer* does not impugn the Crown Prosecutor's conduct in this instance, but rather supports her position because "[t]he identification of the appellant was merely one element in the body of circumstantial evidence on which the charge was based" (para. 192). However, with respect, this understates its importance. The prosecutor needed to know whether Paquet could

Tardif s'est abstenu pendant plusieurs semaines de révéler l'existence du témoignage de Paquet à la police. Le substitut du procureur général a ensuite appris l'existence de Paquet et la tentative de Tardif d'impliquer l'appellant dans le meurtre.

Après que l'existence de Paquet a été révélée aux autorités, le substitut du procureur général a rencontré Paquet en présence de Tardif. On lui a alors montré une série de huit photographies supplémentaires de l'appellant, prises lors d'un conflit de travail où l'appellant protestait en face de sa station radiophonique. Aucune raison valable ne justifiait que l'on permette à Tardif, qui avait ses propres visées, d'assister à cette rencontre. Il y avait encore moins de raisons justifiant que la ville de Sainte-Foy engage Tardif comme membre de l'équipe des enquêtes criminelles malgré son conflit d'intérêts flagrant.

Aucune photographie de personnes d'aspect semblable ne figurait parmi les huit photographies. Si Paquet identifiait quelqu'un, cela devait être l'appellant. À cet égard, nous sommes d'accord avec l'observation faite dans la décision *R. c. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145, p. 147 et 148, à laquelle notre collègue a renvoyé au par. 191, mais, à notre humble avis, cette décision semble réfuter plutôt qu'appuyer sa conclusion. Dans cette affaire, le lord juge en chef Hewart a écrit à la p. 148 :

[TRADUCTION] Cependant, une distinction ressort clairement. C'est une chose pour un policier qui ne sait pas avec certitude quelles personnes il doit arrêter que de montrer une photographie à une autre personne afin d'obtenir des renseignements ou des indices à cet égard; c'est une tout autre chose pour un policier qui traite avec des témoins, qui seront appelés à fournir une preuve d'identification, que de leur montrer au préalable des photographies des personnes qu'on leur demandera bientôt d'identifier.

Notre collègue laisse entendre que l'arrêt *Dwyer* ne met pas en doute la conduite du procureur du ministère public en l'espèce, mais qu'il étaye son opinion parce que « [l']identification de l'appellant n'était qu'un jalon dans l'ensemble de la preuve circonstancielle sur laquelle l'accusation était basée » (par. 192). Cependant, en toute déférence, cela minimise l'importance de l'identification. Le

provide credible evidence of identity to overcome the presumption of the appellant's innocence. It was the prosecutor's own view that without Paquet he had no case. It was therefore critical for him to determine whether or not Paquet could supply the missing evidentiary link in court. The prosecutor may have been persuaded of the appellant's guilt. The question for him in March 1991 was whether he could prove it.

Furthermore, in light of the publicity surrounding the defamation action, Paquet knew perfectly well the importance attached by Tardif to identifying the appellant as the "bearded man". In this case, unlike the situation contemplated by Lord Hewart C.J., the prosecutor himself was present at this improper identification procedure.

Paquet then identified the appellant in one of the eight photos, stating that this was his "bearded man", whom he had seen on the night of the murder. However, as pointed out by the judges of the Court of Appeal in the criminal proceedings, the appellant's eyes, which Paquet claimed were critical to his identification, were not visible in this particular photograph.

The prosecutor not only admitted at trial that a positive identification of the appellant was never made but also that this was not possible because the eyes and beard were the only traits of the appellant that Paquet was ever able to identify. The prosecutor was familiar with the fundamental rules of eyewitness identification. He also knew he had to prove identification beyond a reasonable doubt in order to obtain a proper conviction. His willingness to pursue the appellant with a charge of first degree murder in these circumstances is central to the determination of whether this is a case of mere recklessness or malice.

The deficiencies in Paquet's evidence must have been obvious to the prosecutor from the outset, and indeed his view of the matter is shown by his treatment of Paquet at trial, where he deliberately

substitut du procureur général avait besoin de savoir si Paquet pouvait fournir une preuve d'identité crédible et ainsi réfuter la présomption d'innocence de l'appellant. Le substitut lui-même estimait qu'il n'avait pas de preuve sans Paquet. Il était donc essentiel pour lui de déterminer si Paquet pouvait fournir le lien probant manquant devant le tribunal. Le substitut était peut-être convaincu de la culpabilité de l'appellant. La question qu'il devait se poser en mars 1991 était de savoir s'il pouvait la prouver.

De plus, à la lumière de la publicité entourant l'action en libelle diffamatoire, Paquet était parfaitement conscient de l'importance qu'accordait Tardif à l'identification de l'appellant comme étant « le barbu ». En l'espèce, contrairement aux faits dont était saisi le lord juge en chef Hewart, le substitut du procureur général lui-même était présent lors de cette procédure d'identification irrégulière.

Paquet a alors identifié l'appellant sur l'une des huit photos, disant qu'il s'agissait de « son barbu » qu'il avait vu le soir du meurtre. Toutefois, comme l'ont souligné les juges de la Cour d'appel dans l'instance criminelle, les yeux de l'appellant, qui, selon Paquet, étaient essentiels à son identification, n'étaient pas visibles sur cette photographie.

Le substitut du procureur général a admis au procès non seulement que l'appellant n'avait jamais été identifié formellement, mais qu'une telle identification était impossible puisque les yeux et la barbe constituaient les seuls traits de l'appellant que Paquet était en mesure d'identifier. Le substitut connaissait bien les règles fondamentales de l'identification par témoin oculaire. Il savait également qu'il devait prouver l'identification hors de tout doute raisonnable pour obtenir une déclaration de culpabilité régulière. Son empressement à poursuivre l'appellant en l'inculpant de meurtre au premier degré dans ces circonstances est capital en ce qui concerne la question de savoir s'il y a eu simple insouciance ou malveillance.

Les lacunes du témoignage de Paquet ont dû apparaître clairement dès le début au substitut du procureur général. D'ailleurs, la manière dont il a traité Paquet au procès — il s'est délibérément

19

20

21

22

chose not to ask Paquet to identify the appellant in the courtroom. He admitted that this was because Paquet could not do so, seeing as he recognized only the eyes and possibly only the shape of the eyes of a “bearded man”. An obvious question arises in these circumstances: if a legitimate, unequivocal or even adequate identification of the appellant had already been made by Paquet, is it conceivable that he would be entirely incapable of identifying the appellant in person? The appellant may have discarded his beard and put on some weight in the intervening years but Paquet’s identification allegedly centred on “the eyes”, which were the same. In our view, such a flagrantly inadequate eyewitness identification could not have served as a legitimate basis for proceeding to trial.

abstenu de lui demander d’identifier l’appelant dans la salle d’audience — reflète son opinion à cet égard. Il a admis avoir agi ainsi au motif que Paquet n’était pas en mesure de faire cette identification puisqu’il ne reconnaissait que les yeux, et peut-être même seulement la forme des yeux d’un « barbu ». Une question évidente se pose dans ces circonstances : si Paquet avait déjà fourni une identification légitime, sans équivoque ou même adéquate de l’appelant, est-il concevable qu’il ait été totalement incapable d’identifier l’appelant en personne? L’appelant pouvait avoir rasé sa barbe et pris du poids entre-temps, mais on allègue que l’élément central de l’identification faite par Paquet était « les yeux », qui n’avaient pas changé. À notre avis, une identification par témoin oculaire si manifestement inadéquate ne pouvait pas légitimement fonder la tenue d’un procès.

23 Nor, in our view, do the cases cited by our colleague lend support to what was done here. In *R. v. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453 (B.C.C.A.), the witness had positively identified the accused as his assailant on previous occasions (at a line-up and at a preliminary hearing). In the case at bar, there was no such prior identification. Paquet said only that he encountered a man with a beard and distinctive eyes at night around the time of the murder and near the scene of the crime, and came forward more than eight years later.

À notre avis, les décisions que notre collègue a citées n’appuient pas non plus ce qui a été fait en l’espèce. Dans l’arrêt *R. c. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453 (C.A.C.-B.), le témoin avait identifié formellement l’accusé comme son agresseur à des occasions antérieures (à une séance d’identification et lors de l’enquête préliminaire). En l’espèce, il n’y a pas eu une telle identification préalable. Paquet a seulement dit avoir rencontré le soir, vers le moment et près du lieu du meurtre, un barbu ayant des yeux distinctifs, et il s’est fait connaître plus de huit ans plus tard.

24 In *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, as well, there was strong identification evidence before the irregularities took place during subsequent identification sessions. It is important to recall that Wilson J. said in *Mezzo* that the improprieties in the line-up do not necessarily destroy otherwise good evidence. The operative words here are “otherwise good evidence”. Similarly, in *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, which is discussed by Wilson J. in *Mezzo*, this Court found that the trial judge properly put the identification evidence to the jury in spite of the problems with its quality because the complainant actually identified the accused on two occasions at the police station. In the case at bar, not only were there irregularities that were so “improper as to be beyond the power

Dans l’arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, il y avait également une forte preuve d’identification avant que des irrégularités ne soient commises au cours des séances d’identification ultérieures. Il est important de rappeler que le juge Wilson a affirmé, dans *Mezzo*, que les irrégularités de la séance d’identification n’anéantissent pas nécessairement une preuve par ailleurs irréprochable. Les mots clés à cet égard sont « une preuve par ailleurs irréprochable ». De la même manière, dans l’arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, qu’a examiné le juge Wilson dans *Mezzo*, notre Cour a conclu que le juge du procès avait eu raison de soumettre la preuve d’identification au jury malgré les problèmes liés à la qualité de cette preuve, car le plaignant avait en fait identifié l’accusé à deux

of the jury to handle given a proper direction by the trial judge” (to borrow the words of Wilson J. at p. 833) but no identification of the appellant by the only identification witness, Paquet, had ever taken place.

Even the majority judges in the Quebec Court of Appeal (Beauregard and Brossard J.J.A.) strongly disapproved of the manner in which the investigation was conducted. In fact, in his judgment, Brossard J.A. condemned the prosecutor for: (1) lending any credibility at all to the evidence of identification provided by Paquet, and (2) failing to take into account the probable inadmissibility of the recorded conversation in light of existing case law. Brossard J.A. added that on both of these points, the prosecutor was wrong and negligent in carrying out his professional mandate.

(2) The Recorded Conversation

The prosecutor says that the emergence of Paquet’s evidence caused him to re-examine the file, and in particular the surreptitiously recorded conversation between the appellant and the victim’s father. There were two problems with reliance on the recorded conversation. Firstly, the prosecutor must have known it was not properly admissible. Secondly, even if admissible, it proved nothing.

In her analysis, L’Heureux-Dubé J. takes issue with the Court of Appeal’s ruling in the criminal trial that the recordings should have been declared inadmissible under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. She emphasizes that, at the time this conversation was recorded in 1983, the law had yet to develop to the point that the prosecutor would have known that the tapes would be inadmissible. Further, by the time of the criminal proceedings in 1991, a trial judge would still have the discretion, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, to determine whether the admission of this evidence

reprises au poste de police. Dans la présente affaire, non seulement y a-t-il eu des irrégularités « manifestement irrégulière[s] [. . .] au point que le jury ne puisse [pas] [a]pprécier [la séance d’identification] après avoir reçu des directives appropriées du juge du procès » (pour reprendre les termes du juge Wilson à la p. 833), mais l’identification de l’appellant par Paquet, le seul témoin auteur de l’identification, n’a jamais eu lieu.

Même les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec (les juges Beauregard et Brossard) ont désapprouvé vigoureusement la manière dont l’enquête a été menée. En fait, dans son jugement, le juge Brossard a blâmé le substitut du procureur général pour : (1) avoir accordé quelque crédibilité que ce soit à la preuve d’identification fournie par Paquet; (2) ne pas avoir pris en considération l’inadmissibilité probable de la conversation enregistrée à la lumière de la jurisprudence existante. Le juge Brossard a ajouté que, sur ces deux points, le substitut avait été fautif et négligent dans l’exercice de son mandat professionnel.

(2) La conversation enregistrée

Le substitut du procureur général dit que l’arrivée du témoignage de Paquet l’a incité à réexaminer le dossier, et en particulier la conversation entre l’appelant et le père de la victime qui a avait été enregistrée clandestinement. Il était problématique de se fier à la conversation enregistrée pour deux raisons. Premièrement, comme le substitut devait le savoir, elle n’était pas régulièrement admissible. Deuxièmement, même si elle avait été admissible, elle n’aurait rien prouvé.

Dans son analyse, le juge L’Heureux-Dubé n’est pas d’accord avec la décision de la Cour d’appel dans le procès criminel selon laquelle les enregistrements auraient dû être déclarés inadmissibles en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle souligne qu’au moment de l’enregistrement de la conversation en 1983, le droit n’avait pas encore évolué au point où le substitut du procureur général pouvait savoir que les enregistrements seraient inadmissibles. En outre, au moment de l’instance criminelle en 1991, le juge du procès avait toujours le pouvoir

25

26

27

would bring the administration of justice into disrepute and thus, to find it admissible proof.

discrétionnaire, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, de déterminer si l'admission de ces éléments de preuve déconsidérerait ou non l'administration de la justice et, par conséquent, celui de conclure à leur admissibilité.

28 We respectfully disagree with this reasoning. In *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, this Court clearly held that the surreptitious electronic surveillance of an individual by an agency of the state constitutes an unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*. On this authority, it is clear that, by the time criminal charges were brought in 1991, the Crown prosecutor would have known, or at least should be taken to have known, that unauthorized police recordings of the appellant's communications made without his knowledge or consent were not proper evidence.

Nous ne souscrivons pas à ce raisonnement. Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, notre Cour a clairement conclu que la surveillance électronique clandestine d'un particulier par un agent de l'État constituait une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. En raison de cet arrêt, il est clair que lorsque les accusations criminelles ont été portées en 1991, le substitut du procureur général savait ou, à tout le moins, était présumé savoir que l'enregistrement par la police des communications de l'appelant à son insu ou sans son consentement ne constituait pas une preuve valable.

29 Further, even if the tapes were admissible, the Crown would have known that they had no probative value. At best, they contained the appellant's speculations in regard to the crime, which were made in response to continued prompting by the victim's father. In addition, within this conversation the appellant denounced the killing and said he himself was incapable of such an act. He thus explicitly denied any complicity in the crime. Given these considerations, it is clear that the tapes, in and of themselves, could not serve to establish reasonable and probable cause for the prosecution initiated against the appellant. The way in which this recording was manipulated by the prosecutor before the jury will be discussed below in connection with malice or improper purpose.

En outre, même si les enregistrements avaient été admissibles, le ministère public aurait dû savoir qu'ils n'avaient aucune valeur probante. Au mieux, ils contenaient les hypothèses qu'avaient émises l'appelant au sujet du crime en réponse à l'insistance continue du père de la victime. De plus, dans cette conversation, l'appelant a dénoncé le meurtre et a dit qu'il serait incapable de faire une telle chose. Il a donc explicitement nié toute complicité dans le crime. Compte tenu de ces considérations, il est clair que les enregistrements ne pouvaient pas en soi servir à établir des motifs raisonnables et probables à l'appui de la poursuite intentée contre l'appelant. Nous aborderons plus loin, lorsqu'il sera question de la malveillance et du but illégitime, la façon dont le substitut du procureur général a manipulé ces enregistrements devant le jury.

(3) Other Factors

(3) Les autres facteurs

30 Several other factors further reveal the absence of reasonable and probable cause for the appellant's prosecution. To begin, the prosecution did not advance any proof of motive. As LeBel J.A. noted in his reasons at the Court of Appeal, the Crown had no evidence to support its theory that the appellant was enraged after his relationship with the victim ended (p. 428). Further, there was no evidence that the appellant left work at any time on the

Plusieurs autres facteurs révèlent l'absence de motif raisonnable et probable à l'appui de la poursuite intentée contre l'appelant. Tout d'abord, le substitut du procureur général n'a présenté aucun élément de preuve relatif au mobile. Comme le juge LeBel l'a souligné dans ses motifs en Cour d'appel, le ministère public n'avait aucune preuve appuyant sa théorie selon laquelle l'appelant était furieux après la fin de sa relation avec

night of the murder, or proof of the allegation that he knew facts and details about the murder before other media did. Finally, the police investigation never produced any weapon or evidence to suggest that the appellant owned a firearm.

To say that a prosecutor must be convinced beyond a reasonable doubt of an accused person's guilt before bringing charges is obviously incorrect. That is the ultimate question for the trier of fact, and not the prosecutor, to decide. However, in our opinion, the Crown must have sufficient evidence to believe that guilt *could* properly be proved beyond a reasonable doubt before reasonable and probable cause exists, and criminal proceedings can be initiated. A lower threshold for initiating prosecutions would be incompatible with the prosecutor's role as a public officer charged with ensuring justice is respected and pursued. See *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *Nelles, supra*; *R. v. Charest* (1990), 28 Q.A.C. 258; and *R. v. S. (F.)* (2000), 47 O.R. (3d) 349 (C.A.). We think it must have been clear to the prosecutor on March 20, 1991, when he authorized the charge of first degree murder against the appellant, that this evidence could not *properly* have resulted in a conviction.

Our colleague relies greatly on the facts that the preliminary inquiry judge concluded there was sufficient evidence to send the appellant to trial; that the trial judge did not direct a verdict of acquittal; and that the jury convicted. However, these events post-dated the prosecutor's decision, and were in each instance decisions governed by different considerations. More importantly, the trial was, as found by the unanimous Court of Appeal in the criminal case, deeply flawed. In our opinion, the prosecutor cannot bootstrap his own position on

la victime (p. 428). En outre, rien ne prouvait que l'appelant avait quitté son travail à quelque moment que ce soit le soir du meurtre, et il n'y avait aucune preuve de l'allégation qu'il connaissait des faits et des détails au sujet du meurtre avant les autres médias. Enfin, l'enquête policière n'a mené à la production d'aucune arme ni d'aucun élément de preuve indiquant que l'appelant possédait une arme à feu.

Il est manifestement incorrect d'affirmer que le poursuivant doit être convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé avant de porter des accusations contre lui. C'est la question que le juge des faits, et non le poursuivant, doit trancher en bout de ligne. Nous sommes toutefois d'avis que, pour qu'il existe des motifs raisonnables et probables et que des poursuites criminelles puissent être intentées, le ministère public doit avoir suffisamment d'éléments de preuve pour croire que la culpabilité *pourrait* être démontrée régulièrement hors de tout doute raisonnable. Un seuil moins élevé permettant l'introduction d'une poursuite serait incompatible avec le rôle du poursuivant en sa qualité de fonctionnaire chargé d'assurer le respect et la recherche de la justice. Voir *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *Nelles*, précité; *R. c. Charest* (1990), 28 Q.A.C. 258; et *R. c. S. (F.)* (2000), 47 O.R. (3d) 349 (C.A.). Nous estimons que, lorsqu'il a autorisé l'inculpation de l'appelant pour meurtre au premier degré le 20 mars 1991, le substitut du procureur général aurait manifestement dû savoir que ces éléments de preuve n'auraient pas pu *régulièrement* entraîner une déclaration de culpabilité.

Notre collègue se fonde en grande partie sur les faits suivants : le juge chargé de l'enquête préliminaire a conclu qu'il existait suffisamment d'éléments de preuve pour renvoyer l'appelant à son procès; le juge du procès n'a pas imposé un verdict d'acquiescement; le jury a prononcé une déclaration de culpabilité. Ces faits étaient toutefois postérieurs à la décision du substitut du procureur général et, dans chaque cas, il s'agissait de décisions régies par des considérations différentes. Fait plus important, le procès était profondément vicié, comme l'a

31

32

the basis of flawed court decisions that were swept away by the acquittal directed by the Court of Appeal.

conclu la Cour d'appel à l'unanimité dans l'affaire criminelle. À notre avis, le substitut du procureur général ne peut pas asseoir sa propre position sur des décisions judiciaires profondément viciées qui ont été écartées par l'acquittement imposé par la Cour d'appel.

33

Nor can the prosecutor rely on consultations that he had with colleagues and superiors. He knew more about the case than they did and, as the holder of an important office under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the decision to lay the charge was his and his alone: *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at para. 33.

Le substitut du procureur général ne peut pas non plus s'appuyer sur les avis qu'il a demandés à ses collègues et ses supérieurs. Il en connaissait plus qu'eux sur l'affaire et, en tant que titulaire d'une charge importante en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, il était le seul à pouvoir décider de porter l'accusation : *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 33.

34

In our view, the charges brought against the appellant were based on fragments of tenuous, unreliable and likely inadmissible evidence. They were accurately characterized by Rioux J. at trial and LeBel J.A., dissenting, in the Court of Appeal, as being grounded in mere suspicion and hypotheses. As such, it could not serve to prove the appellant's guilt beyond a reasonable doubt. This being the case, we are of the view that the proceedings at issue were not based on reasonable and probable cause.

D'après nous, les accusations portées contre l'appelant étaient fondées sur des fragments d'une preuve ténue, non fiable et vraisemblablement inadmissible. Le juge Rioux, au procès, et le juge LeBel, dissident en Cour d'appel, les ont considérées à juste titre comme s'appuyant sur de simples soupçons et hypothèses. Ces éléments de preuve ne pouvaient donc pas servir à démontrer la culpabilité de l'appelant hors de tout doute raisonnable. Cela étant, nous sommes d'avis que la poursuite en question n'était pas fondée sur des motifs raisonnables et probables.

B. *Malice or Improper Purpose*

B. *La malveillance ou le but illégitime*

35

In addition to an absence of reasonable and probable cause, a suit brought pursuant to an allegedly abusive prosecution may succeed only where malice or an improper purpose is shown. This criterion was discussed by Lamer J. in *Nelles*, *supra*. Writing for a majority of this Court, Lamer J. noted that cases of malicious prosecution involve serious allegations, which relate to the misuse and abuse of the criminal process and the office of the Crown Attorney. He stated (at pp. 193-94 and 196-97):

Pour qu'une action reprochant des poursuites abusives soit accueillie, il faut démontrer non seulement l'absence de motif raisonnable et probable, mais aussi la malveillance ou un but illégitime. Le juge Lamer a analysé ce critère dans l'arrêt *Nelles*, précité. S'exprimant au nom de la majorité de notre Cour, le juge Lamer a souligné que les cas de poursuites abusives comportaient des allégations graves ayant trait à l'abus du processus criminel et des pouvoirs du procureur de la Couronne. Il a affirmé ce qui suit (aux p. 193-194 et 196-197) :

To succeed in an action for malicious prosecution against the Attorney General or Crown Attorney, the plaintiff would have to prove both the absence of reasonable and probable cause in commencing the prosecution, and malice in the form of a deliberate and improper use of the office of the Attorney General or

Pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, le demandeur doit prouver à la fois l'absence de motif raisonnable et probable pour engager les poursuites et la malveillance prenant la forme d'un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de

Crown Attorney, a use inconsistent with the status of “minister of justice”.

procureur général ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de « représentant de la justice ».

We are not dealing with merely second-guessing a Crown Attorney’s judgment in the prosecution of a case but rather with the deliberate and malicious use of the office for ends that are improper and inconsistent with the traditional prosecutorial function. [Emphasis in original.]

Il ne s’agit pas d’une simple évaluation rétrospective de la sagesse de la décision du procureur de la Couronne d’engager des poursuites; mais plutôt l’exercice délibéré et malveillant de ses pouvoirs pour des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant. [Souligné dans l’original.]

As such, a suit for malicious prosecution must be based on more than recklessness or gross negligence. Rather, it requires evidence that reveals a willful and intentional effort on the Crown’s part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system. In the civil law of Quebec, this is captured by the notion of “intentional fault”. The key to a malicious prosecution is malice, but the concept of malice in this context includes prosecutorial conduct that is fueled by an “improper purpose” or, in the words of Lamer J. in *Nelles, supra*, a purpose “inconsistent with the status of ‘minister of justice’” (pp. 193-94).

Par conséquent, une action pour poursuites abusives doit reposer sur plus que l’insouciance ou la négligence grave. Une telle action exige plutôt des éléments de preuve révélant un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou de le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale. En droit civil québécois, un tel comportement est inclus dans la notion de « faute intentionnelle ». L’élément clé de la poursuite abusive est la malveillance, mais la notion de malveillance dans ce contexte inclut la conduite du poursuivant qui est motivée par un « but illégitime » ou, pour reprendre les propos du juge Lamer dans l’arrêt *Nelles*, précité, par un but « incompatible avec sa qualité de “représentant de la justice” » (p. 194).

The trial judge in this case held that the prosecutor acted for an improper motive. It was the task of the trial judge, Rioux J., to find the facts, and in our view, after looking at all the circumstances, his findings are entitled to deference that the majority of the Court of Appeal was not prepared to give. In short, in our opinion, the Court of Appeal wrongly interfered with the findings of the trial judge.

En l’espèce, le juge de première instance a conclu que le substitut du procureur général avait agi pour un motif illégitime. Il incombait au juge de première instance, le juge Rioux, d’apprécier les faits, et nous estimons qu’à la lumière de l’ensemble des circonstances, ses conclusions devaient faire l’objet d’une retenue judiciaire que les juges majoritaires de la Cour d’appel n’étaient pas prêts à leur accorder. Bref, nous sommes d’avis que la Cour d’appel a modifié à tort les conclusions du juge de première instance.

36

In the case at bar, various significant factors stand out as indicators of an improper purpose underlying the Crown’s decision to initiate proceedings against the appellant. In discussing these factors, we do not wish to emphasize the importance of one over another. In the final analysis, it is the totality of all the circumstances that are to be considered in cases of this kind.

En l’espèce, différents facteurs importants indiquent qu’un but illégitime sous-tendait la décision du ministère public d’intenter des poursuites contre l’appelant. Dans l’analyse de ces facteurs, nous ne voulons pas mettre l’accent sur l’importance de l’un de ces facteurs par rapport aux autres. En bout de ligne, c’est l’ensemble des circonstances qui doit être pris en considération dans des affaires de ce genre.

37

38

At the outset, the absence of reasonable and probable cause, which has been discussed above, is particularly noteworthy. The Crown prosecutor ignored the probable inadmissibility and lack of probative value of the recorded communications between the appellant and the victim's father. He also relied on the extremely tenuous identification evidence offered by Paquet as the primary basis for reopening the investigation and prosecuting the appellant. All of this occurred in the context of the well-publicized million dollar defamation action brought by the appellant. In these exceptional circumstances, in our opinion, no prosecutor acting in good faith would have proceeded to trial on a first degree murder charge with such substandard and incomplete proof. The decision to recruit the retired policeman, Tardif, to assist in the resurrected prosecution file, notwithstanding Tardif's status as a defendant in the appellant's defamation suit, is further evidence of malice in the sense of the prosecutor's apparent indifference to the improper mixing of public and private business.

39

The manner in which the prosecutor dealt with the surreptitiously recorded conversation between the appellant and the victim's father further points to an improper purpose. We must assume that the prosecutor knew the relevant law, and in particular that the surreptitiously recorded conversation was not properly admissible (*Duarte, supra*). His decision to proceed regardless is evidence of malice, and his success in persuading the trial judge to erroneously admit the improper evidence is, if anything, an aggravating circumstance.

40

During the recorded conversation, in response to prodding by the victim's father, the appellant speculated on the type of person who may have committed the murder and, as mentioned earlier, expressly denounced the act in no uncertain terms. The prosecutor, however, invited the jury to replace the

Dès le départ, l'absence de motif raisonnable et probable, dont nous avons traité précédemment, retient particulièrement l'attention. Le substitut du procureur général n'a tenu aucun compte de l'inadmissibilité probable et de l'absence de valeur probante de l'enregistrement clandestin des communications entre l'appelant et le père de la victime. Il s'est aussi appuyé sur la preuve d'identification extrêmement ténue fournie par Paquet comme motif principal pour rouvrir l'enquête et poursuivre l'appelant. Tout cela s'est produit dans le contexte de l'action en libelle diffamatoire très médiatisée dans laquelle l'appelant réclamait un million de dollars. Nous estimons que, vu ces circonstances exceptionnelles, aucun substitut agissant de bonne foi n'aurait procédé à l'instruction d'une affaire de meurtre au premier degré sur la foi d'une preuve aussi inférieure aux normes et aussi incomplète. La décision de faire appel aux services du policier à la retraite, Tardif, dans le dossier rouvert par la poursuite, malgré sa qualité de défendeur dans l'action en libelle diffamatoire de l'appelant, constitue un élément de preuve supplémentaire de malveillance, en ce sens que le substitut ne s'est apparemment pas soucié de mélanger irrégulièrement une affaire d'intérêt public avec une affaire d'intérêt privé.

La manière dont le substitut du procureur général a traité l'enregistrement clandestin de la conversation entre l'appelant et le père de la victime indique également l'existence d'un but illégitime. Nous devons tenir pour acquis que le substitut connaissait le droit applicable et, notamment, qu'il savait que la conversation enregistrée clandestinement n'était pas régulièrement admissible (*Duarte, précité*). Sa décision d'aller de l'avant malgré tout constitue une preuve de malveillance, et le fait qu'il ait réussi à convaincre le juge du procès d'admettre l'élément de preuve irrégulier n'ajoute rien et ne pourrait constituer qu'une circonstance aggravante.

Lors de la conversation enregistrée, en réponse aux questions insistantes du père de la victime, l'appelant a émis des hypothèses sur le genre de personne susceptible d'avoir commis le meurtre et, comme nous l'avons mentionné plus tôt, il a dénoncé expressément l'acte en des termes non

word “he” in the appellant’s conversation with “T”, thereby creating the illusion that the appellant was speaking about the murder in the first person rather than in the third and thus confessing to be the killer, as follows:

[TRANSLATION] If we don’t put his words into the third person, as he did so well, we can say the following, keeping in mind that these words came out of his own mouth during his conversation with Mr. Alain:

“France made a mistake at one point that I understood to be out of spite.”

Now I’ll replace “he” with “T”.

“Then something mean was done to me, that was pre-meditated, then it was something really insulting.

Because I did that, I mean, I’m a guy who, I don’t know, I’ve always had that idea in my mind, and I don’t know why I can’t get rid of it.”

As found by the Court of Appeal in the criminal case, this manipulative approach effectively distorted the appellant’s words, and improperly transformed them into a full confession of guilt. The Crown’s actions thus were more than careless. Rather, they represented an active effort to obtain a conviction at any price. This ran counter to the nature and spirit of the Crown Attorney’s role, which was aptly described by Rand J. in *Boucher*, *supra*, at pp. 23-24, in a well-known passage:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity,

équivoques. Le substitut du procureur général a toutefois invité le jury à remplacer le mot « il » par le mot « je » dans le récit de l’appelant, ce qui a créé l’illusion que l’appelant parlait du meurtre à la première personne plutôt qu’à la troisième personne et qu’il confessait donc être le meurtrier, comme l’indique l’extrait suivant :

Si l’on ne transpose pas ses paroles à la troisième personne, comme il le fait si bien, l’on peut dire comme suit, tout cela n’oubliant pas que ces paroles viennent de sa propre bouche, lors de son entretien avec monsieur Alain:

« France a fait, à un moment donné, une erreur, que j’ai décodée, là j’ai pensé être un geste malicieux. »

Je remplace les « il » par des « je ».

« Puis qu’il y avait quelque chose de blessant à mon endroit, qui été prémédité, puis qui était quelque chose de vraiment offensant.

Parce que j’ai fais ça, je veux dire, je suis un bon-homme qui, je ne sais pas moi, j’ai toujours eu cette idée-là en tête, puis je ne sais pas pourquoi je n’arrive pas à m’en débarrasser. »

Comme l’a conclu la Cour d’appel dans l’affaire criminelle, cette technique de manipulation a, en réalité, déformé les mots de l’appelant et les a irrégulièrement transformés en aveu complet de culpabilité. Les actes du ministère public n’étaient pas imputables à sa simple insouciance. Au contraire, ils constituaient un effort conscient en vue d’obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix, ce qui allait à l’encontre de la nature et de l’esprit du rôle du substitut du procureur général, que le juge Rand a judicieusement décrit dans l’arrêt *Boucher*, précité, p. 23 et 24, dans un passage bien connu :

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n’ont pas pour but d’obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l’on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d’une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s’acquitte d’un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne

the seriousness and the justness of judicial proceedings. [Emphasis added.]

comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires. [Nous soulignons.]

42

The tangled relationship between the criminal proceedings initiated against the appellant, and the appellant's defamation suits against Tardif and André Arthur, also suggests that the prosecution was motivated by an improper purpose. The prosecutor knew about the defamation suits, and that Tardif was retired by the time Paquet came forward. Nevertheless, he allowed Tardif to resume work on the case, even though he was in a conflict of interest and had no authority to conduct an investigation or to gather evidence. The prosecutor also knew that Paquet had been in contact with Tardif for several weeks before police authorities were contacted. He was further aware that Paquet had "often" seen newspaper photographs of the appellant in the past, but chose to come forward only in 1991. The prosecutor also knew about the first identification session with Tardif, in which Paquet was shown a photo of the appellant with all but his eyes covered, and Tardif was allowed to be present during the second identification session held in the prosecutor's office.

La relation inextricable entre la poursuite criminelle intentée contre l'appelant et les actions en libelle diffamatoire qu'a intentées l'appelant contre Tardif et André Arthur indiquent également que le substitut du procureur général était motivé par un but illégitime. Le substitut connaissait l'existence des actions en libelle diffamatoire et savait que Tardif était à la retraite lorsque Paquet s'est fait connaître. Il a néanmoins permis à Tardif de recommencer à enquêter sur l'affaire même si ce dernier se trouvait en conflit d'intérêts et n'avait pas le pouvoir de mener une enquête ni celui de recueillir des éléments de preuve. Le substitut savait aussi que Paquet avait été en communication avec Tardif pendant plusieurs semaines avant que les autorités policières ne soient contactées. Il savait en outre que Paquet avait « souvent » vu des photographies de l'appelant dans les journaux par le passé, mais qu'il avait décidé de se faire connaître seulement en 1991. Le substitut était également au courant de la première séance d'identification, au cours de laquelle Tardif avait montré à Paquet une photo de l'appelant sur laquelle tout avait été couvert sauf les yeux, et il a permis à Tardif d'assister à la deuxième séance d'identification tenue dans son bureau.

43

One might ask why the prosecutor did not question Tardif's involvement in the case or scrutinize the credibility of a witness who was brought forward after having first been in contact with the CHRC radio station, and then with Tardif. In our opinion, this juxtaposition of events shows the importance of the prosecutor's duty not to allow the criminal process to be used as a vehicle to serve other ends, in this case the ends of Arthur and Tardif in attempting to defend against the appellant's defamation action. The Crown made the decision to prosecute with the full knowledge that prosecuting the appellant would potentially assist the defendants in the defamation actions. This was thus more than a simple abdication of prosecutorial responsibilities to the police or, in the case of Tardif, to a

On pourrait se demander pourquoi le substitut du procureur général ne s'est pas posé de questions sur la participation de Tardif à l'affaire et n'a pas vérifié la crédibilité d'un témoin qui ne s'est présenté qu'après avoir communiqué d'abord avec la station radiophonique CHRC, puis avec Tardif. Nous sommes d'avis que cette juxtaposition d'événements démontre l'importance de l'obligation qu'a le poursuivant de ne pas permettre que le processus pénal soit utilisé comme instrument servant à d'autres fins, en l'occurrence les fins que poursuivaient Arthur et Tardif en essayant de se défendre contre l'action en libelle diffamatoire de l'appelant. Le ministère public a pris la décision de poursuivre l'appelant en sachant fort bien que cette poursuite était susceptible

former police officer. Rather, the prosecutor lent his office to a defence strategy in the defamation suits and, in so doing, was compromised by Tardif's manipulation of the evidence and the irregularities that took place during the 1991 investigation process.

To recapitulate on the question of motive, it was the prosecutor's opinion in 1986 that there were no reasonable and probable grounds to lay the murder charge. The problematic evidence of Paquet and the "reconsidered" evidence of the surreptitious police recording did not, on any reasonable view, remedy the obvious deficiencies. What then motivated the prosecutor? If it was a simple lapse of judgment, the appellant has no cause of action. But there is more. Despite knowledge of the private interest of CHRC and Tardif in defending the defamation action, the prosecutor did not keep himself at arm's length but invited Tardif, the civil defendant, back on to the criminal prosecution team. The key witness, Paquet, was interviewed with Tardif's participation. This was despite the prosecutor's knowledge of Tardif's previous efforts to obtain from Paquet an identification that Paquet could not in truth make. The prosecutor might have been persuaded of the appellant's guilt, but he must have known that he lacked the credible evidence to prove it. This leads, on a balance of probabilities, to one of two conclusions. Either the prosecutor allowed his office to be used in aid of the defence of a civil defamation action, which is a perversion of powers (*détournement de pouvoirs*) and an abuse of prosecutorial power, and thus malice in law; or, the prosecutor decided in 1991 to go after the appellant to secure a conviction at all costs, despite his earlier decision that there was no case for the appellant to answer, and was quite willing to harness the tainted assistance of Tardif to this end. This was not only based on tunnel vision, but also tainted tunnel vision. In either case, there was a flagrant disregard for the rights of the appellant, fuelled by motives that were entirely improper. The facts of this case

d'aider les défendeurs dans le cadre de l'action en libelle diffamatoire. Il s'agissait de bien plus que d'un simple abandon des responsabilités du substitut en faveur de la police ou, dans le cas de Tardif, en faveur d'un ancien policier. En effet, le substitut a mis ses pouvoirs au service de la stratégie de la défense dans l'action en libelle diffamatoire et s'est ainsi trouvé compromis par la façon dont Tardif a manipulé la preuve et par les irrégularités qui se sont produites au cours du processus d'enquête de 1991.

Pour récapituler sur la question du motif, le substitut du procureur général était d'avis, en 1986, qu'il n'y avait aucun motif raisonnable et probable de porter l'accusation de meurtre. Le témoignage problématique de Paquet et l'élément de preuve « réexaminé » que constituait l'enregistrement clandestin par la police ne remédiaient pas, suivant une analyse raisonnable, aux lacunes évidentes de la preuve. Quel était donc le motif du substitut? S'il s'agit d'un simple manque de jugement, l'appellant n'a aucune cause d'action. Mais il y a plus. Même s'il était au courant de l'intérêt privé qu'avaient CHRC et Tardif à se défendre contre l'action en libelle diffamatoire, le substitut ne s'est pas tenu à distance et il a invité Tardif, le défendeur dans l'action civile, à se joindre de nouveau à l'équipe chargée de la poursuite criminelle. Tardif a participé à l'interrogatoire du témoin clé, Paquet, et ce, malgré le fait que le substitut était au courant des efforts antérieurs de Tardif en vue d'obtenir de Paquet une identification que celui-ci ne pouvait pas sincèrement fournir. Le substitut était peut-être convaincu de la culpabilité de l'appellant, mais il aurait dû savoir qu'il n'avait pas suffisamment d'éléments de preuve crédibles pour la prouver. Cela mène à l'une des deux conclusions suivantes, selon la prépondérance des probabilités : soit que le substitut a permis que ses pouvoirs soient utilisés aux fins de la défense contre une action civile en libelle diffamatoire, ce qui constitue un détournement de pouvoirs et un usage illégitime du pouvoir de poursuivre et, de ce fait, de la malveillance en droit; soit qu'il a décidé en 1991 d'essayer d'obtenir une déclaration de culpabilité de l'appellant à tout prix — malgré sa conclusion antérieure que l'appellant n'avait pas

are thus highly exceptional. *Nelles, supra*, established a generous boundary within which prosecutors acting in good faith have immunity despite bad decisions. The mixed motives of the prosecutor in this case carried him across that boundary. Unless *Nelles* is to be read as staking out a remedy that is available only in theory and not in practice, the appellant was entitled to hold the prosecutor accountable in the civil action brought following the abusive prosecution.

de preuve à réfuter — et qu'il était réellement disposé à utiliser l'aide irrégulière de Tardif à cette fin. Non seulement il a fait preuve d'une vision étroite, mais cette vision étroite était viciée. Dans les deux cas, il y a eu mépris flagrant des droits de l'appelant, alimenté par des motifs totalement irréguliers. Les faits de la présente affaire sont donc très exceptionnels. L'arrêt *Nelles*, précité, a établi un cadre large à l'intérieur duquel les poursuivants agissant de bonne foi jouissent d'une immunité malgré de mauvaises décisions. En raison de ses motifs ambigus en l'espèce, le substitut du procureur général est sorti de ce cadre. À moins que l'arrêt *Nelles* doive être interprété comme établissant une réparation qui ne peut être obtenue qu'en théorie, et non en pratique, l'appelant avait le droit d'exiger que le substitut rende compte de ses actes dans l'action civile intentée à la suite de la poursuite abusive.

45

Considering the prosecutor's actions in their entirety, we would therefore conclude that they amount to "a deliberate and improper use of the office of the Attorney General or Crown Attorney, a use inconsistent with the status of 'minister of justice'". His conduct constituted an abuse of prosecutorial power, and an attempt to mislead the court for the purposes of securing a conviction. In our view, this amounts to malice or, as Lamer J. stated in *Nelles*, a perpetuation of "a fraud on the process of criminal justice" (p. 194). As such, we agree with the following passage articulated by LeBel J.A. in his dissenting opinion in this case (at p. 431):

[TRANSLATION] The prosecutor committed one illegal act after another, contrary to the principles of criminal law and the rules of procedure of the judicial system. Although he should have known the probable consequences of his acts, he abused his powers as an officer of the court and pursued an unlawful goal. That unlawful goal and thus bad faith may be inferred from the record as a whole. It would appear from both the circumstances prior to the laying of the complaint and from the conduct of the case that the objective was to obtain a conviction despite the rules of law, based on a deep-seated belief as to the accused's guilt that was not justified by an objective review of the case.

À la lumière de l'ensemble des actes du substitut du procureur général, nous sommes donc d'avis qu'ils équivalent à « un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de procureur général ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de "représentant de la justice" ». La conduite du substitut constituait un abus du pouvoir de la poursuite et une tentative de tromper le tribunal en vue d'obtenir une déclaration de culpabilité. Selon nous, une telle conduite équivaut à de la malveillance ou, pour reprendre les propos du juge Lamer dans l'arrêt *Nelles*, à la perpétration d'« une fraude dans le processus de justice criminelle » (p. 194). Nous sommes donc d'accord avec le passage suivant des motifs dissidents formulés par le juge LeBel en l'espèce (à la p. 431) :

Cumulant les actes illégaux, contraires aux principes du droit criminel et aux règles de procédure du système judiciaire, devant connaître les conséquences probables de ses actes, le substitut a détourné les pouvoirs qu'il détenait en sa qualité de représentant de la justice et a poursuivi un but illégitime. Ce but illégitime et, partant, la mauvaise foi s'infèrent d'un constat que l'on peut dégager de l'ensemble du dossier. Aussi bien des circonstances précédant le dépôt de la plainte que de la conduite de la cause, il apparaît que l'objectif recherché a été d'obtenir une condamnation au mépris des règles de droit, sur la base d'une intime conviction de la culpabilité, que ne pouvait fonder un examen objectif de l'affaire.

III. Disposition

For the foregoing reasons, we would allow the appeal, set aside the judgment of the majority of the Quebec Court of Appeal, and restore the order of Rioux J. on the responsibility of the Crown, and the damages award ordered by Letarte J. The appellant is entitled to his costs in this Court and in the courts below.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

The appellant brought an action for damages against the respondent, the Attorney General of Quebec, following his acquittal by the Quebec Court of Appeal on a charge of first degree murder. This appeal invites us to determine what is the regime of immunity and of extra-contractual civil liability applicable in Quebec law to the Attorney General of Quebec and Crown attorneys in respect of malicious prosecutions. More specifically, we must decide whether *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, applies in the Quebec civil law context, and if so, to what extent.

As regards the duality of the legal sources of Quebec law, L.-P. Pigeon (later judge of the Supreme Court of Canada) observed that “[n]ot enough is made of the fact that Québec is not purely and simply a civil-law province; it is a civil-law province in private law but not in public law” (*Drafting and Interpreting Legislation* (1988), at p. 65). The issue in this case concerns the public law/private law debate.

II. Facts

In order to determine the extent of the respondent's liability, should the respondent be found liable, it will be necessary to examine in detail the facts out of which the criminal charge against the appellant arose, as well as the evidence introduced by the prosecution at trial. To avoid repetition, I will

III. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt des juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec, de rétablir l'ordonnance du juge Rioux sur la responsabilité de la Couronne et les dommages-intérêts accordés par le juge Letarte. L'appelant a droit aux dépens devant notre Cour et devant les cours d'instance inférieure.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) —

I. Introduction

L'appelant poursuit le procureur général du Québec, intimé, en dommages et intérêts à la suite de son acquittement par la Cour d'appel du Québec d'une accusation de meurtre au premier degré. Ce pourvoi nous invite à déterminer le régime d'immunité et, en conséquence, de responsabilité civile extra-contractuelle qui s'applique en droit québécois au procureur général du Québec et à ses substitués à l'égard de poursuites criminelles abusives. En particulier, nous avons à décider si l'arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, s'applique au Québec et, dans l'affirmative, dans quelle mesure.

Discutant de la dualité des sources juridiques propres au droit québécois, L.-P. Pigeon (par la suite juge à la Cour suprême du Canada) souligne qu'« [o]n est porté à ne pas prêter suffisamment attention au fait que la province de Québec n'est pas une province de droit civil purement et simplement; elle est un pays de droit civil en droit privé mais pas en droit public » (*Rédaction et interprétation des lois* (1965), p. 40). Le présent litige porte sur ce débat des sources.

II. Les faits

Un examen détaillé des faits à l'origine de l'accusation criminelle portée contre l'appelant ainsi que des éléments de preuve apportés au procès par la poursuite s'avéreront nécessaire dans la détermination de la responsabilité de l'intimé dans la mesure où elle sera ou non retenue. Dans les circonstances,

46

47

48

49

set out here only the facts essential for the proper understanding of what follows.

A. *The Criminal Charge*

50 On October 25, 1982, France Alain, a mechanical engineering student at Laval University in Québec, was seriously wounded in the right hip by gunshot. Taken to hospital, she died a few minutes later.

51 On March 20, 1991, after a long and painstaking investigation, the Quebec Crown attorney authorized the laying of a charge of first degree murder against the appellant. On November 10, 1991, after a trial by judge and jury, the appellant was convicted as charged, and sentenced to life in prison without eligibility of parole for 25 years.

52 The appellant appealed his conviction, and on August 20, 1992, the Quebec Court of Appeal, in a unanimous decision rendered *per curiam*, set aside the guilty verdict and entered a verdict of acquittal: *R. v. Proulx*, [1992] R.J.Q. 2047, 76 C.C.C. (3d) 316. In its decision, the Court of Appeal pointed out errors committed by the trial judge and concluded that [TRANSLATION] “in the present case, a properly instructed jury ‘could not reasonably have decided that the accused was guilty beyond a reasonable doubt’” (p. 383 C.C.C.).

B. *The Civil Action*

53 Following his acquittal, the appellant sued the Attorney General of Quebec, essentially claiming serious errors which had vitiated the trial as pointed out by the Court of Appeal. Essentially, the appellant claimed that such a serious charge was laid without reasonable and probable grounds, and with malice.

54 By a first judgment dated August 7, 1997, the Quebec Superior Court found the respondent liable. In a subsequent judgment, the quantum of damages was established at \$1,154,747.86; a judgment was entered against the Attorney General for that amount.

afin d’éviter des répétitions, je ne ferai ici qu’un bref rappel des faits essentiels uniquement dans le but de faciliter la compréhension de ce qui suit.

A. *L'accusation criminelle*

Le 25 octobre 1982, France Alain, étudiante en génie mécanique à l’Université Laval de Québec, est grièvement blessée à la hanche droite par une décharge d’arme à feu. Transportée à l’hôpital, elle décède quelques minutes plus tard.

Après une enquête longue et laborieuse, le substitut du procureur général du Québec autorise, le 20 mars 1991, le dépôt d’une accusation de meurtre au premier degré contre l’appelant. Le 10 novembre 1991, après un procès devant juge et jury, l’appelant est trouvé coupable de l’accusation telle que portée et est condamné à la prison à perpétuité, sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans.

L’appelant interjette appel de sa condamnation et, le 20 août 1992, la Cour d’appel du Québec, dans un arrêt unanime rendu *per curiam*, casse le verdict de culpabilité et inscrit un verdict d’acquittal : *Proulx c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 2047. Ce faisant, la Cour d’appel met en relief les erreurs commises par le juge du procès et conclut qu’« en l’espèce un jury convenablement instruit “n’aurait pu raisonnablement déclarer l’accusé coupable hors de tout doute raisonnable” » (p. 2088).

B. *La poursuite civile*

À la suite de son acquittement, l’appelant intente une action en dommages et intérêts contre le procureur général du Québec alléguant, pour la plupart, les erreurs importantes dont, selon la Cour d’appel, le procès est entaché. Entre autres, l’appelant fait reproche à l’intimé d’avoir logé une accusation aussi grave sans avoir de motifs raisonnables et probables à cette fin et de l’avoir fait malicieusement.

Le 7 août 1997, la Cour supérieure du Québec, dans un premier jugement, retient la responsabilité du procureur général du Québec et, dans un second, détermine le quantum des dommages et intérêts à 1 154 747,86 \$, auquel elle condamne le procureur général.

On appeal, on February 11, 1999, that judgment was set aside by a majority of the Court of Appeal and it is that decision that is now being appealed before us.

III. Judicial History

To avoid repetition, I will refer here only to the judgments in the civil action. The verdicts in the criminal case are closely related to the facts that will have to be examined in detail when dealing with the extra-contractual civil liability of the Attorney General.

A. *Superior Court*, [1997] R.J.Q. 2509 (*Extra-contractual Civil Liability*)

With only passing reference to the Quebec regime governing the extra-contractual civil liability of the Attorney General for malicious prosecutions, Rioux J. relied almost entirely on the reproaches directed by the Court of Appeal to the trial judge when quashing the verdict of first degree murder. He concluded that [TRANSLATION] “the Crown charged the plaintiff based on suspicion, supposition and conjecture, and did so after relying on unlawful interrogations in which laid real traps. The Attorney General must, therefore, be held liable for the acts of his agents who approved and agreed to the police investigation conducted in this case, who went so far as to take part in it, and who decided to go ahead despite the flimsy nature of the evidence they had before them” (p. 2515).

B. *Superior Court*, [1997] R.J.Q. 2516 (*Quantum*)

Since the parties had agreed to sever the process on account of the illness of the trial judge, Letarte J. took over the case and assessed the quantum of damages at \$1,154,747.86, as follows (at p. 2525):

Expenses:	\$115,440.00
Loss of earnings capacity:	\$814,347.86
Moral damages:	\$250,000.00

Porté en appel, ce jugement est infirmé par la Cour d'appel à la majorité, le 11 février 1999, d'où le présent pourvoi.

III. Les jugements antérieurs

Afin d'éviter des répétitions, je ne ferai état ici que des jugements rendus en ce qui concerne la poursuite civile; les verdicts rendus en matière criminelle sont toutefois intimement liés aux faits dont l'examen détaillé sera nécessaire lorsqu'il s'agira de déterminer la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général.

A. *Cour supérieure*, [1997] R.J.Q. 2509 (*responsabilité civile extra-contractuelle*)

Sans s'attarder au régime québécois de responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général pour poursuites criminelles abusives, et se basant presque uniquement sur les reproches adressés au juge du procès par la Cour d'appel cassant le verdict de culpabilité de meurtre au premier degré, le juge Rioux conclut que « la Couronne a porté contre le demandeur Proulx une accusation basée sur des soupçons, des hypothèses et des conjectures, et qu'elle l'a fait après s'être fondée sur des interrogatoires illégaux qui cachaient de véritables pièges. Le procureur général doit donc être tenu responsable des actes de ses préposés, qui ont endossé et accepté l'enquête policière qui a été menée dans ce dossier, qui y ont même participé et qui ont décidé d'aller de l'avant malgré la fragilité des éléments de preuve qu'ils avaient devant eux » (p. 2515).

B. *Cour supérieure*, [1997] R.J.Q. 2516 (*quantum*)

Les parties ayant consenti à scinder le processus à la suite de la maladie du juge de première instance, le juge Letarte, reprenant le dossier, fixe le quantum des dommages à 1 154 747,86 \$, répartis comme suit (à la p. 2525) :

Déboursés	115 440,00 \$
Perte de capacité de gain	814 347,86 \$
Dommages moraux	250 000,00 \$

55

56

57

58

59 Due to an error in addition, the total should read \$1,179,787.86.

60 Letarte J., therefore, ordered the Attorney General of Quebec to pay that amount, plus interest and the additional indemnity provided by the Quebec *Civil Code*.

C. *Court of Appeal*, [1999] R.J.Q. 398

61 Each of the three judges of the Court of Appeal wrote separate reasons. While LeBel J.A. dissented as to the extra-contractual liability of the Attorney General of Quebec for malicious prosecution, he wrote the main opinion concerning the regime applicable in this area in Quebec law. Although with significant differences, his two colleagues agreed generally with him on this point, their disagreement related primarily to the application of the *Nelles* decision, *supra*, to the facts of the case.

(1) The Quebec Law Regime Governing the Extra-contractual Civil Liability of the Attorney General of Quebec for Malicious Prosecution

(a) *LeBel J.A.*

62 LeBel J.A. conducted an exhaustive analysis of the applicable law. He first examined the role of the Attorney General of Quebec in the Canadian criminal justice system and, more specifically, under the provisions of *An Act respecting Attorney General's prosecutors*, R.S.Q., c. S-35. He concluded that, despite the diversity and complexity of the duties assigned to them, prosecutors perform judicial or quasi-judicial functions (at p. 412):

[TRANSLATION] The multiple and complex functions of prosecutors, who examine, authorize, conduct or, where appropriate, withdraw charges, is not easily characterized in a comprehensive and definitive manner. The fact that those duties are closely connected and are of a discretionary nature has generally led the courts to characterize the function of prosecutors as judicial or quasi-judicial.

He went on to do an equally detailed analysis of the duties of prosecutors in relation to the laying of a criminal charge, and concluded that only

Je note une erreur de calcul dans l'addition de ces trois montants; le total devrait plutôt se lire 1 179 787,86 \$.

Le juge Letarte condamne, en conséquence, le procureur général du Québec à payer ce montant plus les intérêts et l'indemnité additionnelle.

C. *Cour d'appel*, [1999] R.J.Q. 398

Les trois juges de la Cour d'appel émettent chacun une opinion distincte. Bien qu'il soit dissident en ce qui a trait à la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général du Québec pour poursuites criminelles abusives, le juge LeBel écrit l'opinion principale concernant le régime de droit applicable au Québec en la matière. Ses deux collègues, malgré des nuances importantes, se disent généralement d'accord avec lui sur ce point, leur désaccord portant principalement sur l'application de l'arrêt *Nelles*, précité, aux faits de l'espèce.

(1) Le régime québécois de responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général du Québec à l'égard de poursuites criminelles abusives

(a) *Le juge LeBel*

Le juge LeBel fait une analyse exhaustive du droit applicable. Abordant dès le départ le rôle du procureur général du Québec dans la justice pénale canadienne ainsi qu'aux termes de la *Loi sur les substituts du procureur général*, L.R.Q., ch. S-35, il conclut que, malgré la diversité et la complexité des tâches qui leur sont confiées, les substituts remplissent des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires (à la p. 412) :

Les fonctions multiples et complexes des substituts, qui examinent, autorisent, conduisent ou, le cas échéant, mettent fin aux plaintes, se prêtent mal à une qualification globale et définitive. Leur association étroite et leur caractère discrétionnaire ont généralement conduit la jurisprudence à qualifier la fonction des substituts de judiciaire ou quasi judiciaire.

Il poursuit une analyse aussi détaillée des devoirs du substitut en relation avec le dépôt d'une poursuite judiciaire et en arrive à la conclusion que ce n'est

[TRANSACTION] “where there are sufficient grounds, which are characterized as reasonable and probable both by judicial practice and by the directives governing the conduct of Crown attorneys”, must the decision to authorize prosecutions be made, based on “factors that are objectively verifiable and the probable state of the law” (p. 415).

LeBel J.A., as he then was, then turned to the rules of extra-contractual civil liability in Quebec law, and based his analysis on *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, concluding that the function of the prosecutor was determined primarily by public law and the legal rules that apply to [TRANSLATION] “political authority” (p. 410). He made a distinction between purely administrative decisions and policy or “political” decisions, the latter being protected by relative immunity from civil liability actions, while the former are subject to the ordinary rules of civil liability in Quebec. LeBel J.A. observed that public law has moved away from the rule of absolute immunity, recognizing that suits may be brought against the state, its immunity being only relative.

At this point, LeBel J.A. considered *Nelles, supra*, a common law decision which, in his opinion, applied in Quebec public law, namely the relative immunity it confers on the state for the actions of its subordinates. On the other hand, because that common law decision, in his view, was based on the tort of malicious prosecution, a common law tort which he characterized as private law foreign to the Quebec law of extra-contractual civil liability, he applied the Quebec civil law as it relates to the concept of fault.

After comparing the concepts of gross negligence or deliberate fault to the types of faults for which, according to *Nelles*, the state may be found liable for, he concluded (at p. 425):

[TRANSLATION] While the definitions generally assigned to the expressions “malice”, “bad faith” and “gross negligence” are used in different contexts, they appear to be substantially the same as the expressions used in civil

que « lorsque existent des motifs suffisants, qualifiés de raisonnables et probables tant par la pratique judiciaire que par les directives gouvernant la conduite des procureurs de la Couronne » que la décision d’autoriser des poursuites criminelles doit être prise en se reposant sur « des facteurs objectivement vérifiables et sur l’état probable du droit » (p. 415).

S’attaquant ensuite au régime de responsabilité civile extra-contractuelle en droit québécois, le juge LeBel se réfère à l’arrêt *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, et conclut que la fonction du substitut relève principalement du droit public et du régime juridique applicable à la « puissance publique » (p. 410). Il distingue les actes de pure gestion et les décisions politiques ou de « puissance publique », ces dernières étant protégées par une immunité relative contre les poursuites en responsabilité civile alors que les premières demeurent sujettes aux règles ordinaires de responsabilité civile au Québec. Le juge LeBel note que le droit public s’est écarté de la règle de l’immunité absolue, reconnaissant que l’État puisse être l’objet de poursuites judiciaires, son immunité n’étant que relative.

À ce stade, le juge LeBel discute de l’arrêt *Nelles*, précité, arrêt de common law, qui, à son avis, s’applique en droit public au Québec, comme l’immunité relative qu’il confère à l’État pour les actes de ses subordonnés. En revanche, comme, selon lui, cet arrêt de common law est basé sur le délit civil de poursuites criminelles abusives (*tort of malicious prosecution*), un délit civil de common law qu’il qualifie de droit privé, étranger au droit québécois de la responsabilité civile extra-contractuelle, il s’en rapporte au droit civil québécois quant à la notion de faute.

Après s’être adonné à un exercice comparatif des notions de faute lourde ou de faute intentionnelle par comparaison aux types de fautes qui, suivant l’arrêt *Nelles*, permettent de retenir la responsabilité de l’État, il conclut (à la p. 425) :

Bien qu’utilisées dans des contextes différents, les définitions généralement données aux termes *malice*, *bad faith* et *gross negligence* s’avèrent sensiblement semblables à celles que l’on utilise en droit civil. Un point commun

63

64

65

law. One common point appears to emerge. In Quebec, as in the common law provinces, it has been held that there is a distinction between the reckless and careless conduct associated with gross fault (gross negligence) and malicious or malevolent conduct or conduct in which a blameworthy state of mind was apparent.

Accordingly, in his view, the absence of reasonable and probable cause when laying a charge amounts to gross negligence in civil law, and, when combined with malice, it entails the extra-contractual civil liability of Crown attorneys. In his opinion, the Quebec civil law then corresponds to the common law test of *Nelles* (at p. 425):

[TRANSLATION] . . . this solution recognizes a sphere of civil liability, by denying immunity in situations where malice in the exercise of prosecutorial functions or deliberate perversion of the objectives of those functions can be established.

(b) *Beauregard J.A.*

66 Beauregard J.A., although stating that he generally agreed with LeBel J.A. with respect to the regime of extra-contractual civil liability applicable in Quebec civil law in relation to malicious prosecution, clearly dissociated himself from the conclusion reached by LeBel J.A. on the question of the extent to which *Nelles* applies in Quebec. He adopted the integral test laid down in *Nelles* on the question of immunity, and thus on the liability of the Attorney General in the case. Unlike LeBel J.A., he did not resort to the concepts of fault in Quebec civil law. According to Beauregard J.A. (at p. 434):

[TRANSLATION] . . . in order for an action in damages upon an acquittal to succeed, the plaintiff must prove not only that he was prosecuted when there were no reasonable and probable grounds for doing so, but also that in authorizing the charge the prosecutor exhibited malice, a concept that Lamer J. defined as follows:

. . . a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted or abused his office and the process of criminal justice.

67 He criticized the trial judge for [TRANSLATION] "failing to properly apply *Nelles* and asking whether the prosecutor exhibited malice in the sense of *Nelles*" (p. 434).

paraît se dégager. Au Québec, comme dans les provinces de common law, s'est confirmée une distinction entre la conduite téméraire et insouciance associée à une faute qualifiée (*gross negligence*), et la conduite malicieuse ou malveillante ou dans laquelle se révèle un état d'esprit répréhensible.

Il en déduit que l'absence de cause raisonnable et probable lors du dépôt d'une accusation criminelle équivaut à l'erreur grossière de droit civil et, jointe à l'intention malveillante, celle-ci entraîne la responsabilité civile extra-contractuelle du substitut. Ceci, à son avis, correspond en droit civil québécois au test de l'arrêt *Nelles* de common law (à la p. 425) :

. . . cette solution reconnaît une sphère de responsabilité civile en refusant l'immunité dans des situations où peuvent être établis la malveillance dans l'exercice des fonctions des substituts ou le détournement délibéré de leurs objectifs.

(b) *Le juge Beauregard*

Se disant généralement d'accord avec le juge LeBel en ce qui concerne le régime de responsabilité civile extra-contractuelle applicable au Québec en matière de poursuites criminelles abusives, le juge Beauregard s'en dissocie nettement, toutefois, quant à la mesure dans laquelle l'arrêt *Nelles* s'applique au Québec. Il retient dans leur entier les critères posés par l'arrêt *Nelles* relativement à l'immunité et, conséquemment, la responsabilité du procureur général en la matière. Contrairement à son collègue LeBel, il ne s'en rapporte pas aux notions de faute en droit québécois. Selon le juge Beauregard (à la p. 434) :

. . . pour qu'une action en dommages par suite d'un acquittement puisse réussir, le demandeur doit prouver non seulement qu'il a été poursuivi en l'absence de motifs raisonnables et probables, mais qu'en autorisant la dénonciation le substitut a fait montre de malveillance, notion que dans cet arrêt le juge Lamer a définie comme suit :

. . . une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il ait abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle.

Il reproche au juge de première instance de n'avoir « pas fait une application correcte de l'arrêt *Nelles* [ni de s'être] posé la question [à] savoir si le substitut [a] fait montre de malveillance au sens de l'arrêt *Nelles* » (p. 434).

(c) *Brossard J.A.*

Brossard J.A. endorsed LeBel J.A.'s analysis and, like him, adopted the concept of fault as understood in civil law, while agreeing with his two colleagues that the *Nelles* test applies in Quebec. He held that the prosecutor was faulty and negligent in the performance of his professional duties. However, he concluded that the degree of fault alleged against the Crown attorney did not reach the threshold needed in order for the Attorney General to be liable in extra-contractual civil liability: [TRANSLATION] "I do not agree with him [LeBel J.A.] regarding the application of the legal principles he stated to the facts of this case. On this conclusively important aspect of the case, I share the opinion of my colleague Beauregard J.A." (p. 435). Later in his reasons, he added (at p. 436):

[TRANSLATION] First, although the Crown has an obligation in criminal cases to prove the accused's guilt beyond a reasonable doubt, the burden in the civil trial is on the respondent to establish, by a preponderance of evidence, that the prosecutor committed a fault or faults that may be characterized as gross and malicious, or as being the result of reckless conduct. In other words, the respondent had to establish either malice on the prosecutor's part or conduct that deliberately disregarded the ultimate consequences of a criminal charge that he knew or ought to have known could not stand up to an objective analysis of the evidence.

(2) Application of the Law to the Facts of the Case

After a detailed analysis of the evidence and of the Court of Appeal's decision acquitting the appellant, LeBel J.A. wrote that [TRANSLATION] "faults were committed by the prosecutor. The nature of those faults was such that he could not invoke the relative immunity recognized at common law" (p. 433). He concluded that the Attorney General's appeal had to be dismissed.

His two colleagues, Beauregard and Brossard J.A., allowed the appeal essentially on the ground that the facts, which were uncontested, as Beauregard J.A. mentioned, [TRANSLATION] "cannot provide sufficient basis for Proulx's action in damages" (p. 435).

(c) *Le juge Brossard*

Endossant d'emblée l'analyse du juge LeBel, le juge Brossard s'en tient, comme le juge LeBel, à la faute qui relève du droit civil tout en étant d'avis, comme ses deux autres collègues, que l'arrêt *Nelles* s'applique au Québec. Il qualifie le comportement du substitut de fautif et conclut qu'il y a eu négligence dans l'exécution de son mandat professionnel. Il en arrive, toutefois, à la conclusion que le degré de faute reproché au substitut n'atteint pas le seuil susceptible d'entraîner la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général : « je ne suis pas d'accord avec [le juge LeBel] quant à l'application des principes juridiques qu'il dégage aux faits de l'espèce. Je partage, sur cet aspect déterminant du litige, l'opinion de mon collègue le juge Beauregard » (p. 435). Et plus loin, il ajoute (à la p. 436) :

En premier lieu, alors que la Couronne avait, en matière pénale, l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé, le fardeau repose sur l'intimé, dans le procès civil, d'établir par preuve prépondérante une ou des fautes du substitut susceptibles d'être qualifiées de grossières et malveillantes, ou d'être le résultat d'un comportement téméraire (« reckless »). En d'autres mots, l'intimé devait établir soit une intention malveillante de la part du substitut, soit un comportement faisant délibérément fi des conséquences éventuelles d'une accusation qu'il savait ou devait savoir ne pas pouvoir résister à l'analyse objective de la preuve.

(2) L'application du droit aux faits de l'espèce

Le juge LeBel, après une analyse minutieuse de la preuve et de l'arrêt de la Cour d'appel prononçant l'acquiescement de l'appelant, écrit que « [d]es fautes ont été commises par le substitut. En raison de leur nature, ces fautes ne lui permettent pas [. . .] d'invoquer l'immunité relative que reconnaît la common law » (p. 433). Il conclut au rejet de l'appel du procureur général.

Ses deux collègues, les juges Beauregard et Brossard, accueillent le pourvoi essentiellement au motif que les faits, non contestés d'ailleurs, comme le mentionne le juge Beauregard, « ne sauraient servir de fondement ou de fondement suffisant à l'action en dommages-intérêts de Proulx » (p. 435).

IV. The Issue

71 The central issue in this case, as I noted at the outset, concerns the determination of which legal regime is applicable in Quebec as regards the extra-contractual civil liability of the Attorney General of Quebec and Crown attorneys for malicious prosecutions.

72 In order to dispose of the aforementioned issue, it is necessary to briefly review the sources of public law in Quebec and the role of the Attorney General and Crown attorneys in Canada and in Quebec in relation to criminal prosecutions, and make a more thorough examination of the immunity they enjoy under Quebec law in relation to malicious prosecutions. The application of the *Nelles* decision, *supra*, to Quebec is central to this exercise.

V. Analysis

A. *Legal Sources of Public Law in Quebec*

73 No one disputes in this case that public law in Quebec derives from English law, as it has been amended over the years by statutes and case law. Both doctrine and jurisprudence have dealt with the subject at length. For a non-exhaustive study of the question, see, as to the doctrine: F. P. Walton, "The Legal System of Quebec" (1913), 33 *Can. L.T.* 280, at p. 281 ("where a question is one which belongs to the public law it is the law of England which must supply the governing principle; and upon such matters the law of Quebec does not differ from that . . . of any other province of Canada"); P. Garant, *Droit administratif* (4th ed. 1996), vol. 1, p. 10 ([TRANSLATION] "the basis of our public law, in both Canada and Quebec, is the common law, which was imported from England at the time of the Conquest, as it has been amended by local statute and case law"). As for jurisprudence, see: *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618, at p. 644 ("The source of this law is the common law, the principles of which are not set aside by statutes which do not mention it"); *Senez v. Montreal Real Estate Board*, [1980] 2 S.C.R. 555, at p. 562 ("It need hardly be mentioned that in Quebec administrative law is of English origin"); *Attorney General of Quebec v. Labrecque*,

IV. La question en litige

La question au cœur de ce litige, comme je l'ai indiqué dès le départ, porte sur la détermination du régime juridique applicable au Québec eu égard à la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général du Québec et de ses substituts en raison de poursuites criminelles abusives.

La solution de ce litige nous amène à faire une brève analyse des sources du droit public au Québec, du rôle du procureur général et de ses substituts au Canada et au Québec eu égard aux poursuites criminelles et à un examen plus approfondi de l'immunité dont ils jouissent en droit québécois à l'égard de poursuites criminelles abusives. L'application au Québec de l'arrêt *Nelles*, précité, est au cœur de cet exercice.

V. Analyse

A. *Sources juridiques du droit public au Québec*

Personne ne conteste ici que le droit public au Québec relève du droit anglais tel que modifié au fil des ans par le droit d'origine législative et la jurisprudence. Tant la doctrine que la jurisprudence traitent abondamment du sujet. Pour une étude non exhaustive de la question, voir quant à la doctrine : F. P. Walton, « The Legal System of Quebec » (1913), 33 *Can. L.T.* 280, p. 281 ([TRANSLATION] « Lorsqu'une question relève du droit public, c'est dans le droit anglais qu'il faut puiser le principe applicable et, en ce qui concerne ces questions, le droit du Québec ne diffère pas de celui . . . d'une autre province du Canada »); P. Garant, *Droit administratif* (4^e éd. 1996), vol. 1, p. 10 (« le fond de notre droit public, au Canada comme au Québec, est la common law, importée d'Angleterre au moment de la conquête, telle que modifiée par les lois et la jurisprudence locales »). Quant à la jurisprudence, voir : *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618, p. 644 (« La source de ce droit est la *common law* dont les principes ne sont pas écartés par des lois qui n'en parlent pas »); *Senez c. Chambre d'Immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555, p. 562 (« Au Québec, est-il besoin de le rappeler, le droit administratif est d'origine anglaise »);

[1980] 2 S.C.R. 1057, at p. 1081; 2747-3174 *Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 81, per L'Heureux-Dubé J. ("the common law generally applies in Quebec public law, subject to specific legislative amendments").

The following passage from Pigeon, *supra*, at p. 65, is particularly relevant to this case:

[In *Langelier v. Giroux* (1932), 52 B.R. 113] [I]bel proceedings had been instituted against a witness at a preliminary hearing. . . . The question at bar was whether the witness's immunity was absolute or relative. . . . The Court of Appeal decided that the matter . . . was one not of civil law but of public law. It is true that libel is governed by civil law, under which it is an offence. It was decided, however, that the privileges arising from public law are public law, and the witness's privilege is one of these. It was consequently decided that the witness's privilege was governed by common law: common law, it was specified, as it existed in 1774.

At p. 67, the author discusses *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140, as follows:

. . . it was decided that the rule of *audi alteram partem* . . . is a principle which, although not written down anywhere, must be applied. It is obviously a common-law rule, and it was considered a matter of public law, since it affected the court's jurisdiction. In other words, while labour legislation is in principle considered civil law, the constitution of a court with jurisdiction in labour matters is considered public law because — and here is where the Court of Appeal decision in *Langelier v. Giroux* . . . comes into play — the constitution of the courts, and the rules of immunity, are considered public law, not private law.

Accordingly, a brief review of sources of law in Quebec is in order, as this Court did in a different context, although that context is not applicable here: *Laurentide Motels*, *supra*, at pp. 737, 739-40 and 741:

The *Quebec Act* of 1774 sealed the fate of the two major legal systems that would govern the law applicable

Procureur général du Québec c. Labrecque, [1980] 2 R.C.S. 1057, p. 1081; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 81, le juge L'Heureux-Dubé (« la common law s'applique de façon générale, en droit public québécois, sous réserve des amendements législatifs particuliers »).

Le passage suivant de Pigeon, *op. cit.*, p. 40, est particulièrement pertinent au présent litige :

[Dans l'arrêt *Langelier c. Giroux* (1932), 52 B.R. 113, il s'agissait d'une poursuite en diffamation intentée contre un témoin à une enquête préliminaire [. . .] Et la question qui se posait était de savoir si l'immunité du témoin est absolue ou relative [. . .] la Cour d'appel a décidé que cette question de l'immunité du témoin n'est pas une question de droit civil, mais une question de droit public. Il est vrai que la diffamation est régie par le droit civil. C'est un délit. Mais on a statué que les privilèges découlant du droit public sont du droit public et que le privilège du témoin est de ceux-là. Par conséquent, on a décidé que le privilège du témoin est régi par la Common Law et, a-t-on précisé, la Common Law comme elle existait en 1774.

Le même auteur à la p. 41 discute de l'arrêt *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 140, en ces termes :

. . . on a décidé que la règle « *audi alteram partem* » . . . est un principe qui doit être appliqué bien qu'il ne soit écrit nulle part. C'est évidemment une règle de la Common Law et l'on a considéré que c'est une question de droit public car elle touche la juridiction du tribunal. En d'autres termes, bien que la législation du travail soit en principe considérée comme du droit civil, cependant on considère comme du droit public la constitution d'un tribunal ayant [compétence] en la matière, parce que, c'est là où cela se relie à la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Langelier c. Giroux*, la constitution des tribunaux, y compris les immunités, est considérée comme du droit public, et non comme du droit privé.

Il suffira donc de faire un bref rappel des sources du droit au Québec, ce que faisait d'ailleurs notre Cour dans un autre contexte qui n'a toutefois pas d'application ici : *Laurentide Motels*, précité, p. 737, 739-740 et 741 :

L'Acte de Québec de 1774, a scellé le sort des deux grands systèmes juridiques qui allaient régir le droit

in Quebec. French civil law as it stood before 1760 with its subsequent amendments in Quebec for everything relating to property and civil rights, and the common law as it stood in England at that time, and as subsequently amended, for what related to public law.

[T]he common law which applies in Canada in the area of public law, in criminal as in administrative law, in the absence of legislation excluding it, is the common law as subsequently amended by statute and case-law. . . .

In everything not related to property and civil rights, then, common law is the fundamental law in the Province of Québec. [Pigeon, *supra*, at p. 66.]

Public law has its origin in the common law, and common-law decisions must thus be examined to determine the state of public law in the area applicable in Canada.

The nature and scope of the rules of public law and case law governing the liability of municipalities are particularly important here, where the dividing line between public and private law is crucial. This task is made all the more difficult as, at least initially, the common law courts made no clear distinction between public and private law, which are both derived from the same source, the common law.

76 Further, the following comments of Beetz J. in that case are particularly relevant to this case (at p. 721):

The public law of Quebec is acknowledged to be composed of two elements: statute and the common law. . . .

The second component of the public law is the common law. Two clarifications must be made at this point. First, only that part of the common law which is of public character is applicable. Because the common law makes, in principle, no distinction between public and private law, the identification of the "public" common law can be a difficult task. Nonetheless, because Quebec is a jurisdiction of two juridical regimes, the civil law and the common law, the identification must be made.

applicable au Québec : le droit civil français tel qu'il existait avant 1760 avec ses modifications subséquentes au Québec pour tout ce qui touche à la propriété et aux droits civils (*property and civil rights*) et la *common law* telle qu'elle existait en Angleterre à la même époque avec ses modifications subséquentes en ce qui concerne le droit public.

[Il est] acquis que la *common law* qui s'applique au Canada en matière de droit public, en droit criminel comme en droit administratif, à moins de texte législatif l'excluant, est la *common law* telle qu'elle a été modifiée subséquemment par la législation et la jurisprudence . . .

C'est donc la Common Law qui se trouve le droit fondamental dans la province de Québec en tout ce qui n'est pas *property and civil rights*. [Pigeon, *op. cit.*, p. 41.]

Le droit public tire ses origines de la *common law* et, en conséquence, la jurisprudence de *common law* doit être examinée afin de déterminer l'état du droit public applicable au Canada en la matière.

La nature et l'étendue des règles du droit public et de la jurisprudence qui gouvernent la responsabilité des municipalités sont particulièrement importantes ici où la ligne de démarcation entre le droit public et le droit privé est cruciale. Cette recherche est rendue d'autant plus ardue du fait que la jurisprudence de *common law*, du moins à son origine, ne faisait pas de distinction claire entre le droit public et le droit privé, qui, tous deux, dérivent de la même source, la *common law*.

Les remarques suivantes du juge Beetz dans le même arrêt sont particulièrement pertinentes au présent litige (à la p. 721) :

On reconnaît que le droit public du Québec se compose de deux éléments : le droit écrit et la *common law* . . .

La seconde composante du droit public est la *common law*. Il y a lieu, à ce stade, de faire une double mise au point. Premièrement, seule la partie de la *common law* qui est de caractère « public » est applicable. Parce que la *common law* n'établit, en principe, aucune distinction entre le droit public et le droit privé, l'identification de la *common law* « publique » peut se révéler une tâche difficile. Néanmoins, parce que le Québec comporte deux régimes juridiques, le droit civil et la *common law*,

Second, it is the common law as it exists at present that is applicable in Quebec under art. 356 *C.C.L.C.*

(See also 2747-3174 *Québec Inc.*, *supra*, at paras. 81-84, *per* L'Heureux-Dubé J.)

Professor J.-D. Archambault (“Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec: variations de droit public” (1992), 52 *R. du B.* 515), commenting on *Laurentide Motels*, *supra*, stated (at p. 537):

[TRANSLATION] The public law-private law dichotomy, which at first glance appears elementary, creates serious problems in terms of definition and application. The Quebec legal profession, however, like the profession elsewhere, does not have the option of ignoring or avoiding those problems. First, our history and our political institutions have bequeathed them both to us: the public common law, which comes from English roots, and the private civil law, which is continental and French by derivation. And neither of those root sources should infringe on its neighbour’s domain, if it is not to risk jeopardizing the other’s integrity.

I am thus in complete agreement with LeBel J.A. on this point when he states (at pp. 416-17):

[TRANSLATION] . . . Quebec public law still seems to recognize the existence of a number of immunities that derive from the common law. They are precluded only where the legislature has demonstrated a clear intention to do so

Apart from the legislation, we must then look to the principles of public law, which include the rules of the common law relating to immunity.

Given this brief overview of sources of public law applicable in Quebec, which are not disputed in this case, I now turn to the role of the Attorney General in Canadian and Quebec criminal law, similarly not in debate in this case.

B. *The Role of the Attorney General in the Criminal Law*

It is not disputed, either in Quebec or in this appeal, that the role of the Attorney General of Quebec and of the Crown attorneys is a matter of public law.

cette identification doit se faire. Deuxièmement, c’est la *common law* qui existe actuellement qui s’applique au Québec en vertu de l’art. 356 *C.c.B.-C.*

(Voir également 2747-3174 *Québec Inc.*, précité, par. 81-84, le juge L’Heureux-Dubé.)

Le professeur J.-D. Archambault (« Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec : variations de droit public » (1992), 52 *R. du B.* 515), commentant l’arrêt *Laurentide Motels*, précité, précise (à la p. 537) :

La dichotomie droit public-droit privé, élémentaire à première vue, pose de sérieuses difficultés de définition et d’application. Mais les juristes québécois, comme tout juriste d’ailleurs, n’ont le choix ni d’ignorer ni de contourner ces difficultés. Il y a d’abord ce que notre histoire et nos institutions politiques nous ont légué l’une et l’autre : la *common law* publique, de souche anglaise, et le droit civil privé, de filiation continentale française. Et chacune de ces souches ne devrait pas empiéter sur le domaine de sa voisine, sinon au risque d’en menacer l’intégrité.

C’est pourquoi, je suis entièrement d’accord avec le juge LeBel lorsqu’il dit à ce sujet (aux p. 416-417) :

. . . le droit public québécois paraît toujours retenir l’existence d’un certain nombre d’immunités provenant de la common law. Celles-ci ne sont exclues que lorsque le législateur en manifeste clairement l’intention . . .

Au-delà des textes législatifs, il faut alors s’en rapporter aux principes de droit public, qui comprennent le régime des immunités de la common law.

Après ce bref aperçu des sources du droit public au Québec, qui ne sont aucunement contestées dans la présente affaire, je passe au rôle du procureur général en droit pénal canadien et québécois, qui ne soulève non plus aucune controverse.

B. *Le rôle du procureur général en droit pénal*

Que le rôle du procureur général du Québec et de ses substituts en ce qui a trait aux poursuites criminelles en soit un qui relève du droit public ne fait l’objet d’aucun débat ni au Québec ni dans le présent pourvoi.

77

78

79

80

81

LeBel J.A. did a remarkable and very thorough study on this point, and I adopt it without hesitation. I would like to quote some extracts, which seem, in my view, to put that role in its proper context for the purposes of this appeal (at pp. 411-12):

[TRANSLATION] The Attorney General is traditionally responsible for administering justice and for initiating or terminating criminal and penal prosecutions. He also acts as the representative of the Crown in the courts and in various criminal proceedings. Those functions give him the status of constitutional guardian of the social peace, who has a duty to ensure that crimes and violations of the law are punished (Canada. Law Reform Commission. *Criminal Procedure: Control of the Process*. Ottawa: The Commission, 1975. Pp. 12-14).

The function of screening or authorizing prosecutions arises at a particularly sensitive point in criminal law enforcement. That is the point at which it is decided whether a criminal proceeding will be initiated against an individual. It is the job of the prosecutor to examine charges and to authorize them where there are reasonable and probable grounds that an offence has been committed.

The Attorney General and the Attorney General's prosecutors are the guardians of the public interest, and assume a general responsibility for the efficient and proper functioning of the criminal justice system. Their role is not limited to that of private counsel who is responsible for an individual case (Canada. Law Reform Commission. *Controlling Criminal Prosecutions: the Attorney General and the Crown Prosecutor*. Ottawa: The Commission, 1990. Pp. 18-19).

(See: J. Sopinka, "Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests: Remedies: *Nelles v. Ontario: R. v. Jedyneck: R. v. Simpson*" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 366; D. Butt, "Malicious Prosecution: *Nelles v. Ontario*: REJOINDER — John Sopinka — [1994] 74 *Can. Bar Rev.* 366" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 335.)

82

I shall return later to this aspect of the analysis, which deals with the duties and obligations of the Attorney General and Crown attorneys in criminal prosecutions, more appropriately

Le juge LeBel a fait une étude remarquable très fouillée à cet égard, étude que j'adopte sans hésitation. Je me permettrai d'en relever certains extraits qui me semblent placer ce rôle dans son propre cadre pour les fins du présent pourvoi (aux p. 411-412) :

Le procureur général est traditionnellement chargé d'administrer la justice, d'engager les poursuites criminelles et pénales ou d'y mettre fin. Il agit aussi comme le représentant du souverain, devant les cours de justice et dans les différentes procédures pénales. Ces fonctions lui attribuent le statut de gardien constitutionnel de la paix sociale, qui doit s'assurer que soient sanctionnés les crimes et les violations des lois (Canada. Commission de réforme du droit. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*. Ottawa : la Commission, 1975. P. 12-14).

La fonction de filtrage ou d'autorisation des poursuites criminelles s'insère à un point particulièrement délicat de la mise en œuvre du droit pénal. C'est à ce moment que se décide si une instance pénale sera engagée contre un individu. Il appartient au substitut de scruter les plaintes et d'autoriser celles-ci, lorsqu'il existe des motifs raisonnables et probables qu'une infraction a été commise.

Gardiens de l'intérêt public, le procureur général et ses substituts assument une responsabilité générale à l'égard du fonctionnement efficace et correct du système de justice pénale. Leur rôle ne se limite pas à celui du plaideur privé, chargé d'un dossier particulier (Canada. Commission de réforme du droit. *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*. Ottawa : la Commission, 1990. P. 20).

(Voir : J. Sopinka, « Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests : Remedies : *Nelles v. Ontario : R. v. Jedyneck : R. v. Simpson* » (1995), 74 *R. du B. can.* 366; D. Butt, « Malicious Prosecution : *Nelles v. Ontario* : REJOINDER — John Sopinka — [1994] 74 *Can. Bar Rev.* 366 » (1996), 75 *R. du B. can.* 335.)

Je reviendrai plus loin sur cet aspect de l'analyse qui a trait aux devoirs et obligations du procureur général et de ses substituts lors de poursuites criminelles, qu'il me semble plus pertinent

examined when applying the law to the facts of the case.

This brings us to the crux of this case: the analysis of the extra-contractual civil liability of the Attorney General for malicious prosecutions in Quebec law.

C. *The Extra-contractual Civil Liability of the Attorney General and Crown Attorneys in Relation to Malicious Prosecutions*

The regime of liability which applies to the Crown is closely related to the rules governing relative or absolute immunity enjoyed by the Crown since time immemorial. It is clear that if the Crown enjoys absolute immunity from extra-contractual civil liability, both in private and public law, it cannot be successfully sued even for malicious prosecutions. On the other hand, if the Crown enjoys no immunity and is, in that respect, equal to any other respondent, as has been argued in the past, in both private and public law, there is nothing to prevent it from being sued for any type of extra-contractual civil liability. Is there a distinction to be made in that regard between civil liability as a matter of private law and as a matter of public law? If so, what of immunity? If there is immunity, does that immunity apply to both the Crown and the Attorney General and Crown attorneys? In the affirmative, is that immunity absolute or relative, and is there a distinction in that regard between the Crown and the Attorney General in the case of malicious prosecutions?

It is from this perspective that I propose, first, to identify the sources of Crown immunity and to briefly describe how that immunity has evolved over the centuries, in order to determine the extent to which *Nelles, supra*, modified the rules of immunity. I shall then consider the extent to which that decision applies in Quebec public law, and consequently its impact on the liability of the Attorney General of Quebec and Crown attorneys in relation to malicious prosecutions.

d'examiner au stade de l'application des faits de la présente affaire au droit.

Ceci nous amène à la phase, primordiale dans le présent cas, de l'analyse de la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général pour poursuites criminelles abusives en droit québécois.

C. *La responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général et de ses substituts en ce qui a trait aux poursuites criminelles abusives*

Le régime de responsabilité applicable à la Couronne est intimement lié à celui des immunités, relative ou absolue, dont jouit la Couronne depuis des temps immémoriaux. En effet, à l'évidence, si la Couronne jouit d'une immunité absolue pour responsabilité civile extra-contractuelle, de droit privé comme de droit public, elle ne peut être poursuivie avec succès même pour poursuites criminelles abusives. Par contre, si la Couronne ne jouit d'aucune immunité et est égale en cela à toute personne, comme on l'a déjà prétendu, en droit privé comme en droit public, rien n'empêche qu'elle soit poursuivie en responsabilité civile extra-contractuelle à tous égards. Y a-t-il une distinction à faire à cet égard, entre responsabilité civile de droit privé et responsabilité civile de droit public? Si oui, y a-t-il immunité? Dans l'affirmative, cette immunité s'applique-t-elle tant à la Couronne qu'au procureur général et à ses substituts? Si oui, cette immunité est-elle absolue ou relative et doit-on distinguer à cet égard entre la Couronne et le procureur général lorsqu'il s'agit de poursuites criminelles abusives?

C'est dans cette optique que je me propose d'abord d'identifier les sources de l'immunité de la Couronne et de décrire brièvement son évolution au cours des siècles afin de voir dans quelle mesure l'arrêt *Nelles*, précité, a modifié ce régime d'immunité. J'examinerai ensuite dans quelle mesure cet arrêt s'applique en droit public québécois et, par voie de conséquence, son incidence sur la responsabilité du procureur général du Québec et de ses substituts en ce qui a trait aux poursuites criminelles abusives.

83

84

85

(1) Crown Immunity

86

I propose to only briefly review the major phases of this almost millennium-long history since, here again, the historical aspect is not in dispute and given that there is a wealth of doctrine and jurisprudence on the subject. (See on this point P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000); P. Lordon, *Crown Law* (1991); *The King v. Cliche*, [1935] S.C.R. 561; *McArthur v. The King*, [1943] Ex. C.R. 77; *The King v. Anthony*, [1946] S.C.R. 569; *R. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1958] O.R. 55 (C.A.); *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225.)

87

In “Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec: variations de droit public”, *supra*, at p. 517, Professor Archambault traces [TRANSLATION] “the English genesis of the prerogative” which, in relation to tort liability, was expressed in the maxim that at one time became virtually axiomatic, “The King can do no wrong”, to the point that [TRANSLATION] “as political and constitutional mores changed, the concept of prerogative grew to encompass a range of situations”.

88

According to H. Immarigeon, *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada* (1965), at p. 51, quoted by Professor Archambault in his article, *supra*, [TRANSLATION] “whenever a case that involves prerogative must be decided, we must look to the principles of English law, having regard, however, to the Canadian statutory provisions that may have affected them, whether by amending them or by eliminating them”.

89

Professor Archambault goes on to say (at pp. 519-20):

[TRANSLATION] The English law of prerogative was naturally incorporated in Canadian law at the time of the Conquest in 1760. Her Majesty’s rights and privileges could then be exercised in the Colony in the same

(1) Le régime d’immunité de la Couronne

Si je ne fais qu’un bref rappel des grandes étapes de ce long périple presque millénaire, c’est que, encore là, l’aspect historique n’est pas contesté et qu’il existe une abondante doctrine et jurisprudence sur le sujet. (Voir à cet égard P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3^e éd. 2000); P. Lordon, *La Couronne en droit canadien* (1992); *The King c. Cliche*, [1935] R.C.S. 561; *McArthur c. The King*, [1943] R.C. de l’É. 77; *The King c. Anthony*, [1946] R.C.S. 569; *R. c. Canadian Broadcasting Corp.*, [1958] O.R. 55 (C.A.); *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225.)

Le professeur Archambault dans « Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec : variations de droit public », *loc. cit.*, p. 517, a retracé la « genèse anglaise de la prérogative » qui s’est traduite en matière de responsabilité délictuelle par cette maxime, devenue presque proverbiale à une certaine époque, *The King can do no wrong*, jusqu’à ce que, « au gré des mœurs politiques et constitutionnelles, la notion de prérogative aura embrassé diverses réalités ».

Selon H. Immarigeon, *La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada* (1965), p. 51, que cite le professeur Archambault dans son article susmentionné, « chaque fois qu’il s’agit de régler un litige intéressant les prérogatives c’est aux principes de droit anglais qu’il faut se reporter; en tenant compte, toutefois, des dispositions législatives canadiennes qui peuvent les avoir affectées, soit en les modifiant, soit en les supprimant ».

Le professeur Archambault poursuit (aux p. 519-520) :

Le droit anglais de la prérogative s’implanta naturellement au Canada à la Conquête de 1760. Dès lors, les droits et privilèges de Sa Majesté s’exerçaient dans la Colonie de la même façon que dans la mère patrie, à

way as in the mother country, unless they were eliminated or modified by local legislation. A century later, the preamble to the *Constitution Act, 1867* expressed the desire of the participating provinces to be federally united “with a Constitution similar in principle to that of the United Kingdom”. The House of Lords later held that the prerogative applied for the benefit of the provinces as well as the central government. Quebec had expressly recognized this legal heritage in art. 9 *C.C.L.C.*: “No act of the legislature affects the rights or prerogatives of the Crown, unless they are included therein by special enactment.” Accordingly, absent legislation to the contrary, Quebec civil law as codified in 1866 did not run counter to the prerogative in public law. Thus in 1867 the Crown in Quebec enjoyed the prerogatives found in English public law, and more specifically immunity from prosecution and from proceedings in tort. The two prerogatives, which are separate but related, have been eroded, little by little, by the legislature and courts of Quebec together, and have finally become completely blunted. This metamorphosis of the law of the Crown in Quebec was accomplished on the foundation of British law.

Professor Archambault, *supra*, at p. 530, recalls the rocky road travelled by the prerogatives to our time, which includes the *Cliche* decision, *supra*, which, in his view, [TRANSLATION] “approved the legislative repeal of the extra-contractual immunity of the Crown in Quebec” and ultimately led to art. 94 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25.

Lamer J. referred specifically to art. 94 *C.C.P.* in *Nelles*, *supra*, while comparing the various schemes governing Crown immunity for malicious prosecutions to the situation in Ontario, where the Crown had, until then, enjoyed absolute or quasi-absolute immunity. He wrote, in *obiter* (at p. 181):

The situation in Quebec differs in that since 1966 the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, specifically provides for claims against the Crown in the following terms:

94. Any person having a claim to exercise against the Crown, whether it be a revendication of moveable or immovable property, or a claim for the payment of moneys on an alleged contract, or for damages, or otherwise, may exercise it in the same manner as if it were a claim against a person of full age and capacity, subject only to the provisions of this chapter.

moins qu'ils n'aient été supprimés ou modifiés par la législation locale. Un siècle plus tard, le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* traduisit le désir des provinces participantes de contracter une union fédérale, « avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». La Chambre des Lords estima par la suite que la prérogative profitait autant aux provinces qu'à l'autorité centrale. Le Québec avait reconnu explicitement cet héritage juridique à l'art. 9 *C.c.B.-C.* : « Nul acte de la législature n'affecte les droits ou prérogatives de la Couronne, à moins qu'ils n'y soient compris par une disposition expresse ». Le droit privé québécois codifié en 1866, hormis législation contraire, ne portait donc pas atteinte au droit public de la prérogative. Ainsi, en 1867, la Couronne du Québec jouissait des prérogatives de droit public anglais, plus particulièrement de l'immunité de poursuite et de l'immunité délictuelle. Distinctes mais voisines, les deux prérogatives seront peu à peu grugées par le législateur et les tribunaux québécois conjointement, pour finalement s'estomper entièrement. Cette métamorphose du droit de la Couronne du Québec s'accomplira sur fond de droit britannique.

Et le professeur Archambault à la p. 530 de l'article susmentionné, de retracer les péripéties des prérogatives jusqu'à notre temps, dont l'arrêt *Cliche*, précité, qui, selon lui « consacrait l'abrogation législative de l'immunité extra-contractuelle de la Couronne du Québec » pour en arriver finalement à l'art. 94 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25.

Le juge Lamer a précisément référé à l'art. 94 *C.p.c.* dans l'arrêt *Nelles*, précité, dans le cadre de son analyse des différents régimes d'immunité de la Couronne pour poursuites criminelles abusives au regard de la situation en Ontario où la Couronne avait jusqu'alors joui d'une immunité absolue ou quasi absolue. En *obiter*, il opine (à la p. 181) :

Dans le cas du Québec, la situation est tout à fait différente en ce que, depuis 1966, le *Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25, prévoit spécifiquement les recours contre la Couronne de la manière suivante :

94. Toute personne ayant un recours à exercer contre la Couronne, que ce soit la revendication de biens meubles ou immeubles, ou une réclamation en paiement de deniers en raison d'un contrat allégué, ou pour dommages, ou autrement, peut l'exercer de la même manière que s'il s'agissait d'un recours contre une personne majeure et capable, sous réserve seulement des dispositions du présent chapitre.

90

91

No provisions in this chapter prevent a suit for malicious prosecution against the Crown.

92

Lamer J. expressed no opinion as to the scope of that article in respect of public law, adding the following important *caveat*: "However, the substantive issue of immunity of Crown prosecutors has not been finally determined" (p. 181). He returned briefly to the subject to support his position that there are policy considerations which favour relative immunity for Crown attorneys in such cases, stating (at pp. 197-98): "In addition, since 1966, the province of Quebec permits suits against the Attorney General and Crown prosecutors without any evidence of a flood of claims."

93

Clearly, this is an *obiter dictum*. As well, those comments, made in passing, do not provide any substantive analysis of the scope of art. 94 *C.C.P.* in relation to actions against the Attorney General and Crown attorneys for malicious prosecutions. Lamer J. himself indicated that the question had not been finally decided and, in any event, was not necessary for the solution of *Nelles, supra*. In the circumstances, this *obiter dictum* cannot stand as authority on the issue before us. LeBel J.A. himself addressed it as follows (at p. 420):

[TRANSLATION] The incidental comments made by Lamer J. regarding the specific nature of the rules of Crown liability in Quebec law cannot alter those conclusions [see reasons of Lamer J., pp. 181, 197-98]. The central issue is not Ontario private law, but the question of the immunity of the Attorney General and of prosecutors. As Lamer J. pointed out, the legal situation in Quebec differs from the situation in Ontario, since absolute immunity was abolished in Quebec long ago, given that the *Code of Civil Procedure* expressly provides for a right of action against the Crown, and no law has been enacted to clearly define the legal rules that apply to the Crown, the Attorney General and prosecutors. That does not mean, however, that the Supreme Court decided in that case that in Quebec the Attorney General and prosecutors enjoy no immunity, even relative. At most, we can say that in Quebec, the question has not been finally determined [see reasons of Lamer J., p. 181]. In doing a comparative analysis of a number of legal systems,

Aucune disposition du chapitre en question n'interdit d'actionner la Couronne pour poursuites abusives.

Le juge Lamer ne se prononce aucunement sur la portée de cet article en droit public et ajoute le *caveat* important suivant : « Cependant, la question de fond de l'immunité des procureurs de la Couronne n'a pas été définitivement tranchée » (p. 181). Le juge Lamer revient brièvement sur le sujet au soutien de sa position que des considérations d'intérêt public militent en faveur d'une immunité relative des procureurs de la Couronne en ces matières, en ces termes (aux p. 197-198) : « Par ailleurs, la province de Québec permet les actions contre le procureur général et les procureurs de la Couronne depuis 1966 sans que cela ait provoqué une avalanche d'actions. »

Il s'agit là clairement d'un *obiter dictum*. De plus, ces commentaires, faits en passant, ne font l'objet d'aucune analyse approfondie de la portée de l'art. 94 *C.p.c.* eu égard aux poursuites criminelles abusives contre le procureur général et ses substituts. Le juge Lamer lui-même indique que la question n'a pas été définitivement tranchée, question d'ailleurs qu'il n'avait pas à résoudre dans l'arrêt *Nelles*, précité. Dans les circonstances, je ne donnerais pas à cet *obiter dictum* la portée d'un prononcement définitif sur la question qui nous occupe. Le juge LeBel lui-même en dispose ainsi (à la p. 420) :

Les commentaires accessoires du juge Lamer sur les caractères particuliers du régime de responsabilité de la Couronne en droit québécois ne sauraient modifier ces conclusions [voir opinion du juge Lamer, pp. 181, 197-198]. L'objet central du débat reste non pas le droit privé ontarien, mais la question de l'immunité du procureur général et de ses substituts. Comme le souligne le juge Lamer, la situation juridique du Québec diffère de celle de l'Ontario, puisque l'immunité absolue de l'État y a été abolie depuis longtemps, le *Code de procédure civile* prévoyant expressément un droit d'action contre celle-ci et aucune loi n'ayant été adoptée pour déterminer clairement le régime juridique applicable à la Couronne, au procureur général et à ses substituts. Cela ne signifie pas pour autant que la Cour suprême ait décidé, à cette occasion, qu'au Québec le procureur général et ses substituts ne jouissaient d'aucune immunité, même relative. On peut tout au plus noter qu'au Québec la question n'a pas été définitivement tranchée [voir

Lamer J. did leave civil law systems out of his analysis, because of the wide differences between those systems and the common law tradition [p. 191]. It does not appear that Lamer J. dealt in that instance with the specific case of the legal system of Quebec; rather, his reasons appear to be concerned with the private law systems of major civil law nations such as France.

I would note in passing that this *obiter dictum* by Lamer J. does not meet the test proposed by Chouinard J. in *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527, at p. 530:

In *Ottawa v. Nepean Township et al.*, [1943] 3 D.L.R. 802, Robertson C.J. wrote for the Court of Appeal of Ontario, at p. 804:

. . . What was there said may be *obiter*, but it was the considered opinion of the Supreme Court of Canada, and we should respect it and follow it even if we are not strictly bound by it. [Emphasis added.]

The opinion here is not a “considered opinion” on the subject; it is merely a comment that raises the question but is not intended to dispose of it, as Lamer J. himself states and as LeBel J.A. correctly points out.

While, as I believe, art. 94 *C.C.P.* is intended to deal with actions in extra-contractual civil liability in private law against the Crown in Quebec, it does not, however, in my opinion, dispose of the question of actions in extra-contractual civil liability against public authorities in public law, and in particular, for the purposes of this appeal, of actions for malicious prosecution against the Attorney General of Quebec and Crown attorneys. Since Quebec has not legislated to abolish the immunities in public law that govern extra-contractual civil liability for malicious prosecutions by the Attorney General, we must look to the English public law on this point.

It is against this backdrop that we must now consider the *Nelles* decision, *supra*, and decide whether it applies in Quebec in whole or in part.

opinion du juge Lamer, p. 181]. Il est vrai que, procédant à une analyse comparative de quelques systèmes juridiques, le juge Lamer écarte les régimes civilistes de son analyse, en raison des grandes différences entre eux et la common law [p. 191]. Il ne semble pas que le juge Lamer traite ici du cas spécifique du système juridique du Québec, mais son opinion paraît plutôt viser les systèmes de droit privé de grands États de droit civil, comme la France.

Je note, en passant, que cet *obiter* du juge Lamer ne rencontre pas le critère que proposait le juge Chouinard dans l’arrêt *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527, p. 530 :

Dans *Ottawa v. Nepean Township et al.*, [1943] 3 D.L.R. 802, le juge en chef Robertson écrivait pour la Cour d’appel de l’Ontario, à la p. 804 :

[TRADUCTION] . . . Ce qui a été énoncé constitue peut-être un *obiter*; mais il s’agit d’une opinion motivée de la Cour suprême du Canada et nous devons la respecter et la suivre, même si strictement nous ne sommes pas liés. [Je souligne.]

Il ne s’agit pas ici d’une « opinion motivée » sur le sujet, mais uniquement d’un commentaire qui soulève la question mais qui n’a pas pour but de la régler, comme le juge Lamer lui-même le mentionne et comme le juge LeBel le souligne avec raison.

Si, comme je le crois, l’art. 94 *C.p.c.* s’adresse aux recours en responsabilité civile extra-contractuelle de droit privé contre la Couronne au Québec, il ne résout cependant pas, selon moi, la question des recours en responsabilité civile extra-contractuelle contre les autorités publiques en droit public et, en particulier pour les fins du présent pourvoi, des recours pour poursuites criminelles abusives contre le procureur général du Québec et ses substituts. Le Québec n’ayant pas légiféré pour abolir les immunités de droit public qui régissent la responsabilité civile extra-contractuelle pour poursuites criminelles abusives de la part du procureur général, il faut recourir au droit public anglais à cet égard.

C’est sur cette toile de fond qu’il y a lieu maintenant de discuter de l’arrêt *Nelles*, précité, et de son application, intégrale ou non, au Québec.

94

95

96

(2) *Nelles*

97

The *Nelles* decision dealt with a civil action for damages against the Ontario Crown, Attorney General and Crown attorneys and others, and arose out of a murder charge laid against Susan Nelles, who was acquitted after a preliminary inquiry. Ms. Nelles alleged that the Crown and its agents had committed the tort of malicious prosecution. The Ontario Crown responded to the action by making a preliminary motion to have the action dismissed on the ground that under Rule 126 of the Ontario Rules of Practice the plaintiff had no cause of action, because the Crown enjoyed absolute immunity. The motion was allowed both at first instance and on appeal, but that decision was set aside by the Supreme Court of Canada as against the Attorney General.

98

The question before this Court was whether the Crown, the Attorney General and Crown attorneys enjoy absolute immunity from an action for malicious prosecution. A majority of the Court concluded that while the Crown enjoys absolute immunity in this respect under the Ontario Rules of Procedure, the Attorney General and Crown attorneys do not enjoy such absolute immunity in respect of malicious prosecution. McIntyre and Lamer JJ., in turn, listed the various approaches that have been adopted around the world and in Canada and concluded that ultimately, there are policy considerations that support relative immunity in respect of the tort of malicious prosecution as it applies to the Attorney General and Crown attorneys.

99

LeBel J.A., with whom I agree completely on this point, adopted the principle of relative immunity, which, he wrote, [TRANSLATION] “must be applied in Quebec” (p. 420). He also observed, on this point (at p. 420):

[TRANSLATION] As well, the administrative and judicial policy considerations examined in *Nelles v. Ontario* are matters of public law. Because they relate to the application of a national law that applies everywhere in Canada,

(2) *L'arrêt Nelles*

Cet arrêt a trait à une poursuite civile en dommages et intérêts contre la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne de l'Ontario et autres à la suite d'une accusation de meurtre portée contre Susan Nelles qui avait été acquittée à l'issue de l'enquête préliminaire. Madame Nelles invoquait le délit civil de poursuites criminelles abusives à l'endroit de la Couronne et de ses agents. La Couronne ontarienne a répondu à cette poursuite en présentant une requête préliminaire en rejet de l'action au motif qu'en vertu de l'art. 126 des Règles de pratique de l'Ontario, la demanderesse n'avait aucune cause d'action vu l'immunité absolue dont jouissait la Couronne. La requête a été accueillie tant en première instance qu'en appel, mais elle a été cassée par la Cour suprême quant au procureur général.

La question devant notre Cour consistait à déterminer si la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne jouissent d'une immunité absolue à l'encontre d'une action pour poursuites criminelles abusives. La Cour a conclu à la majorité que, si la Couronne jouit d'une immunité absolue en cette matière en vertu des Règles de procédure de l'Ontario, le procureur général et les procureurs de la Couronne, eux, ne jouissent pas d'une telle immunité absolue relativement aux actions pour poursuites criminelles abusives. Les juges McIntyre et Lamer font à tour de rôle l'inventaire des diverses solutions adoptées à travers le monde et au Canada pour conclure que des considérations d'intérêt public militent finalement en faveur d'une immunité relative à l'égard du délit civil de poursuites criminelles abusives applicable au procureur général et à ses substituts.

Le juge LeBel, avec lequel je suis entièrement d'accord sur ce point, adopte le principe d'immunité relative qui, écrit-il, « doit recevoir application au Québec » (p. 420). Il note à cet égard (à la p. 420) :

De plus, les considérations de politique administrative et judiciaire examinées dans *Nelles c. Ontario* relèvent du droit public. Portant sur la mise en œuvre d'un droit national applicable partout au Canada, elles [. . .] doivent

they . . . must be taken into account in determining the nature of the public law rules governing an action in liability for malicious prosecution by the Attorney General and the Attorney General's prosecutors in Quebec.

The principles laid down by the Supreme Court of Canada in *Nelles v. Ontario* are part of the public law that applies in Quebec. They mean that both the Attorney General and prosecutors enjoy relative immunity from civil suits, in respect of acts they perform in the course of their duties.

Because it is agreed that *Nelles* applies in Quebec, I shall move on immediately to the question of whether it applies integrally in Quebec, which is the question on which both the Quebec Court of Appeal and the parties to this case do not agree.

(3) Does *Nelles* apply integrally in Quebec?

While the appellant admits that *Nelles* applies in Quebec, he submits that it applies only in part; in taking this position, he relies both on the opinion of LeBel J.A. and on the following arguments, which he made in support of his contentions: (1) the present case is primarily an action in civil liability for malicious prosecution in which the plaintiff is seeking compensation for the infringement of his individual rights; (2) private law, and thus civil law, must be applied predominantly. Public law here only defines the context and the protection granted by the regime governing the civil liability of the Attorney General and of Crown attorneys. Accordingly, the principles which in *Nelles* derive from the private common law must give way to the application of the principles of Quebec civil law. The four criteria laid down in *Nelles*, therefore, cannot be applied *mutatis mutandis* in Quebec law. Proof of gross negligence is sufficient to ground liability against the Attorney General and Crown attorneys.

The Attorney General submits that the only onus compatible in Quebec law with the requirements of the burden of proof described in *Nelles* is

être prises en compte pour déterminer la nature des règles de droit public encadrant l'action en responsabilité pour poursuites abusives entamées par le procureur général et ses substituts au Québec.

Les principes posés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nelles c. Ontario* font partie du droit public applicable au Québec. Ils signifient que le procureur général, comme ses substituts, bénéficie d'une immunité relative contre les poursuites civiles, à l'égard des actes posés par ces derniers dans le cadre de leurs fonctions.

Comme la question de l'application de l'arrêt *Nelles* au Québec n'est pas contestée, je passe immédiatement à la question de son application, intégrale ou non, au Québec, question qui a divisé la Cour d'appel du Québec ainsi que les parties au présent dossier.

(3) L'arrêt *Nelles* s'applique-t-il intégralement au Québec?

Tout en admettant que l'arrêt *Nelles* s'applique au Québec, l'appelant soutient qu'il ne s'applique que partiellement, s'appuyant en cela tant sur l'opinion du juge LeBel que sur les arguments suivants, qu'il fait valoir au soutien de ses prétentions : (1) la présente situation est avant tout une action en responsabilité civile pour poursuite abusive où le demandeur tente d'obtenir réparation à l'atteinte portée à ses droits individuels; (2) le droit privé, et partant le droit civil, doit alors être appliqué de façon prédominante. Le droit public, dans ce cas, ne sert qu'à définir le contexte et la protection accordée au régime de responsabilité civile du procureur général et de ses substituts. Ainsi, les principes qui, dans l'arrêt *Nelles*, relèvent de la common law privée, devront laisser place à l'application des principes de droit civil québécois. Les quatre critères établis par l'arrêt *Nelles* ne peuvent de ce fait être appliqués *mutatis mutandis* en droit québécois. La preuve d'une faute lourde est suffisante pour que soit engagée la responsabilité du procureur général et de ses substituts.

Le procureur général, pour sa part, soutient que le seul fardeau compatible, en droit québécois, avec les exigences du fardeau de preuve décrit

100

101

102

intentional fault. Consequently, absence of reasonable and probable grounds and intent to harm must be demonstrated.

103 It is necessary here to refer to *Nelles*, and, in particular, to the statement by Lamer J. regarding the tort of malicious prosecution, which LeBel J.A. quotes (at p. 420): [TRANSLATION] “*Nelles v. Ontario* was indeed decided on the basis of the tort of malicious prosecution, a private common law action which is foreign to the Quebec law of civil liability.” On the question of the tort of malicious prosecution, Lamer J. observed (at pp. 176-77):

I would like to point out that what is at issue here is not whether malicious prosecution is a reasonable cause of action. A suit for malicious prosecution has been recognized at common law for centuries dating back to the reign of Edward I. What is at issue is whether the Crown, Attorney General and Crown Attorneys are absolutely immune from suit for the well-established tort of malicious prosecution.

104 Here, Lamer J. drew a distinction that is crucial in the instant case between the tort of malicious prosecution in private common law, which has existed “for centuries”, and the same tort of malicious prosecution in public common law, which, until then, had run up against the absolute immunity of the Crown, and the apparently absolute immunity of the Attorney General. In private common law, individuals against whom an action is brought may no longer rely on immunity. In public common law, on the contrary, until *Nelles* Crown attorneys seemed to enjoy absolute immunity.

105 While LeBel J.A. adopted the analysis of Lamer J. in *Nelles* and concluded that [TRANSLATION] “[t]his principle of relative immunity must be applied in Quebec” (p. 420), he does not seem to have made that distinction when he described the tort of malicious prosecution as a private common law action and found it to be foreign to the Quebec law of civil liability. He did not pursue his anal-

dans l’arrêt *Nelles*, est celui de la faute intentionnelle. En conséquence, doivent être démontrées l’absence de motifs raisonnables et probables ainsi que l’intention de nuire.

Je crois nécessaire ici de référer à l’arrêt *Nelles* et, en particulier, à cette affirmation du juge Lamer sur le délit civil de poursuites criminelles abusives que le juge LeBel reprend (à la p. 420) : « Il est vrai que l’arrêt *Nelles c. Ontario* a été jugé sur la base du *Tort of malicious prosecution*, une action de la common law privée, étrangère au droit québécois de la responsabilité civile. » Discutant du délit civil de poursuites criminelles abusives, le juge Lamer souligne (aux p. 176-177) :

Je tiens à souligner que la question qui se pose ici n’est pas de savoir si des poursuites abusives constituent une cause raisonnable d’action, car l’existence d’une action pour poursuites abusives est reconnue en *common law* depuis des siècles, depuis le règne d’Édouard I^{er}. La question est plutôt de savoir si la Couronne, le procureur général et les procureurs de la Couronne bénéficient d’une immunité absolue contre toute action fondée sur le délit civil bien établi de poursuites abusives.

Le juge Lamer fait ici la distinction, qui s’avère cruciale dans la présente instance, entre le délit civil de poursuites criminelles abusives en common law de droit privé qui existe « depuis des siècles » et le même délit civil de poursuites criminelles abusives en droit public de common law, qui, jusqu’alors, se buttait à l’immunité absolue de la Couronne et vraisemblablement absolue à l’égard du procureur général. En effet, en common law de droit privé, les personnes poursuivies ne peuvent plus soulever leur droit à l’immunité. En droit public, par contre, jusqu’à l’arrêt *Nelles*, l’immunité des procureurs de la Couronne semblait absolue.

Le juge LeBel, tout en endossant l’analyse du juge Lamer dans l’arrêt *Nelles* et en concluant que « [c]e principe d’immunité relative doit recevoir application au Québec » (p. 420), ne semble pas faire cette distinction lorsqu’il qualifie le délit civil de poursuites criminelles abusives d’action de common law privée et juge celle-ci étrangère au droit québécois de la responsabilité civile. Il n’a

ysis further, to determine whether there is a tort of malicious prosecution in public law, and if so, whether it applies in public law in Quebec. LeBel J.A. accordingly looked to Quebec's private civil law to determine the elements of the tort of malicious prosecution in public common law.

In my opinion, that is an incorrect interpretation of what Lamer J. said in *Nelles* when he referred to the common law tort of malicious prosecution which has existed "for centuries". By this, he could only have meant private prosecutions, and not public prosecutions, because at that time prosecutions were private. In fact, he stated in this respect, in *Nelles* (at pp. 189-90):

The position in respect of prosecutorial immunity in England is somewhat unique in that jurisdiction owing in part to the tradition of private prosecution. Private prosecutors have always been liable to suit for malicious prosecution though few, if any, reported cases exist. The Director of Public Prosecutions, who performs the same or similar function as a Canadian provincial Attorney General, was not created until 1879. In *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), the Court said the following in respect of suits against the D.P.P. (at p. 941):

I do not wish to be taken as saying that there may never be a case where a prosecution has been initiated and pursued by the Director of Public Prosecutions in which it would be impossible for an acquitted defendant to succeed in an action for malicious prosecution, or as saying, that the existence of the Attorney General's fiat where required conclusively negates the existence of malice and conclusively proves that there was reasonable and probable cause for the prosecution. There may be cases where there has been, by even a responsible authority, the suppression of evidence which has led to a false view being taken by those who carried on a prosecution and by those who ultimately convicted.

The English position then, at the very least, leaves the door open for suits against the equivalent of our Attorneys General and Crown Attorneys when what is at issue is the suppression of evidence.

pas poursuivi plus loin son analyse pour déterminer s'il existe un délit civil de poursuites criminelles abusives en droit public et, si oui, s'il s'applique en droit public au Québec. C'est ainsi que le juge LeBel s'en remet au droit civil privé québécois pour déterminer les éléments du délit civil de poursuites criminelles abusives en droit public de common law.

C'est là, à mon avis, une interprétation incorrecte des propos du juge Lamer dans l'arrêt *Nelles* lorsqu'il réfère au délit civil de poursuites criminelles abusives de common law qui existe « depuis des siècles ». Il ne pouvait s'agir là que de poursuites de droit privé et non de droit public puisque les poursuites à cette époque étaient privées. On lit d'ailleurs à ce propos dans l'arrêt *Nelles* (aux p. 189-90) :

La position anglaise à l'égard de l'immunité du poursuivant est assez unique, en raison partiellement de la tradition des poursuites privées. Les poursuivants privés ont toujours été exposés à des actions pour poursuites abusives, quoiqu'il existe peu, ou point, de décisions publiées dans ce domaine. La charge d'avocat général (*Director of Public Prosecutions*), dont les fonctions sont identiques ou semblables à celles d'un procureur général provincial au Canada, n'a été créée qu'en 1879. Dans l'arrêt *Riches v. Director of Public Prosecutions*, [1973] 2 All E.R. 935 (C.A.), la cour disait ceci quant aux actions intentées contre le D.P.P. (à la p. 941) :

[TRADUCTION] Je ne voudrais pas qu'on interprète mes propos comme signifiant qu'il est impossible qu'un défendeur acquitté à l'issue de poursuites intentées par l'avocat général ait gain de cause dans une action pour poursuites abusives. Je ne dis pas non plus que l'autorisation du procureur général, lorsqu'elle est requise, efface péremptoirement toute trace de malveillance et constitue la preuve irréfutable que la poursuite était fondée sur un motif raisonnable et probable. On peut songer à des cas où il y a eu, même de la part d'une administration responsable, suppression d'éléments de preuve faussant la perception de ceux qui ont mené la poursuite et de ceux qui, finalement, ont prononcé la condamnation.

La position anglaise admet donc au moins la possibilité d'actions contre les homologues de nos procureurs généraux et procureurs de la Couronne lorsque la suppression d'éléments de preuve est en cause.

As LeBel J.A. himself acknowledged in his reasons (at p. 420), and no one here is disputing, what we have in this case is a matter of public law and not of private law. In these circumstances, I believe that there is no need to bring in the notion of fault found in Quebec's private civil law and try to characterize that fault in such a way as to correspond to the Ontario common law tort of malicious prosecution, regardless of what equivalency there may be, as discussed by Professor Garant, cited by LeBel J.A. (see Garant, *supra*, vol. 2, at pp. 565 and 600-619).

Or, comme le juge LeBel l'admet lui-même dans ses motifs (p. 420), et personne ne le conteste ici, nous traitons dans la présente instance d'une matière de droit public et non de droit privé. Dans ces circonstances, j'estime qu'il n'y a pas lieu de faire intervenir la notion de faute de droit civil privé québécois et de tenter de qualifier cette faute pour qu'elle corresponde au délit civil de poursuites criminelles abusives de common law ontarienne, quelle qu'en soit l'équivalence, ce dont discute le professeur Garant cité par le juge LeBel (voir Garant, *op. cit.*, vol. 2, p. 565 et 600-619).

107

LeBel J.A. wrote: [TRANSLATION] "Apart from the statutory provisions, we must then look to the principles of public law, which include the rules of the common law governing immunities. When the delictual liability of the state or of a public body is in issue, the public law must be examined in order to determine the sphere in which the rules of liability that come from private law are to apply, and subject to what limits and conditions they will apply" (p. 417). He relied on *Laurentide Motels, supra*, in concluding that that case "laid down principles that are still relevant in defining the rules for stating the principles of public law and of the system of liability that comes from private law. An examination of the 'public' common law will then be necessary, in order to determine whether it is legitimate to refer to the private law rules, and the limits on doing so" (p. 417). He discussed the reasons of Beetz J. in *Laurentide Motels, supra*, as follows (at p. 417):

[TRANSLATION] When the delictual liability of the state or of a public body is in issue, the public law must be examined in order to determine the sphere in which the rules of liability that come from private law are to apply, and subject to what limits and conditions they will apply. Although Beetz J., in his reasons in *Laurentide Motels v. Ville de Beauport* [[1989] 1 S.C.R. 705] was dealing with the liability of a municipality, he laid down principles that are still relevant in defining the rules for stating principles of public law and of the system of liability that comes from private law. An examination of the "public" common law will then be necessary, in order to determine whether it is proper to refer to the private law rules, and the limits on doing so [at pp. 724-25]:

Le juge LeBel écrit : « Au-delà des textes législatifs, il faut alors s'en rapporter aux principes de droit public, qui comprennent le régime des immunités de la common law. Lorsque la responsabilité délictuelle de l'État ou d'un corps public est en cause, l'examen du droit public s'impose pour déterminer dans quelle sphère, dans quelles limites et à quelles conditions le régime de responsabilité tiré du droit privé trouvera à s'appliquer » (p. 417). Il prend appui sur l'arrêt *Laurentide Motels*, précité, et conclut que celui-ci, « expose des principes toujours pertinents pour définir les règles d'articulation des principes du droit public et du système de responsabilité tiré du droit privé. L'étude de la common law "publique" deviendra alors nécessaire pour déterminer la légitimité et les limites du renvoi aux règles de droit privé » (p. 417). Il discute en ces termes de l'opinion du juge Beetz dans *Laurentide Motels*, p. 417 :

Lorsque la responsabilité délictuelle de l'État ou d'un corps public est en cause, l'examen du droit public s'impose pour déterminer dans quelle sphère, dans quelles limites et à quelles conditions le régime de responsabilité tiré du droit privé trouvera à s'appliquer. Bien que traitant de la responsabilité d'une municipalité, l'opinion du juge Beetz dans l'affaire *Laurentide Motels c. Ville de Beauport* [[1989] 1 R.C.S. 705] expose des principes toujours pertinents pour définir les règles d'articulation des principes du droit public et du système de responsabilité tiré du droit privé. L'étude de la common law « publique » deviendra alors nécessaire pour déterminer la légitimité et les limites du renvoi aux règles du droit privé [aux p. 724-725] :

Public law in Quebec has two sources, the statutory law and the common law. The meaning of the phrase “in certain respects” in art. 356 *C.C.L.C.* is therefore a problem to be resolved either by statutory provision or by the common law. As this Court observed in *Adricon Ltée v. Town of East Angus*, [1978] 1 S.C.R. 1107, at p. 1120, in the matter of a municipality’s contractual relations with individuals, the question is resolved by statute, since s. 28 (1) (3) of the *Cities and Towns Act* confers upon a municipality the power to “contract, transact, bind and oblige itself and others to itself, within its powers.” In the matter of a municipality’s delictual and quasi-delictual relations with individuals, no express statutory provision is made. Here the second source of public law, the “public” common law as it exists at present, must determine the respects in which a municipal corporation falls within the control of the civil law in its relations with individuals. Under this common law, a municipal corporation which acts within the operational sphere of its discretionary powers is subject to private law standards of conduct. In Quebec, the private law standards of conduct are those enunciated in the *Civil Code*, and particularly in arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.*

The symmetry between the policy/operational rule drawn from the “public” common law and the collective relations/individual relations opposition established by art. 356 *C.C.L.C.* is no accident. When a municipal corporation exercises its discretionary powers to address political exigencies, it must make a judgment as to the interest of the community as a whole and is responsible to the community as a whole through the ballot box. However, once a municipality moves into the operational sphere of its powers, its negligent acts are susceptible of causing a distinct harm to an individual member of society, and it is responsible to that individual before the courts.

The application of the principles I have outlined above to the facts of the case at bar reveals that the responsibility of the city of Beauport for the damage caused to the appellants falls to be determined by arts. 1053 *et seq. C.C.L.C.*

In my opinion, as relevant as the passage from the opinion of Beetz J. cited by LeBel J.A. may be when it comes to the liability of municipal corporations in Quebec, which is governed by art. 356 of the *Civil Code of Lower Canada* (as amended, as to form but not as to substance, by the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, see arts. 300 and 1376

Le droit public du Québec a deux sources, le droit écrit et la common law. Le sens des mots « à certains égards » à l’article 356 *C.c.B.-C.* pose donc un problème qu’il faut résoudre soit à l’aide d’une disposition légale ou de la common law. Comme cette Cour l’a souligné dans l’arrêt *Adricon Ltée c. Ville d’East Angus*, [1978] 1 R.C.S. 1107, à la p. 1120, qui traite des relations contractuelles d’une municipalité avec des particuliers, la question est réglée par la loi puisqu’en vertu du par. 28 (1) (3) de la *Loi sur les cités et villes* une municipalité peut « contracter, transiger, s’obliger et obliger les autres envers elle dans les limites de ses attributions ». Aucune disposition légale ne vise explicitement les relations délictuelles et quasi délictuelles d’une municipalité avec des particuliers. Ici, la seconde source de droit public, la common law « publique » qui existe actuellement, doit déterminer à quels égards une corporation municipale relève du droit civil dans ses relations avec les particuliers. Selon la common law, une corporation municipale est assujettie, dans l’exercice pratique de ses pouvoirs discrétionnaires, aux normes de conduite du droit privé. Au Québec, les normes de conduite du droit privé sont énoncées dans le *Code civil* et plus particulièrement aux art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.*

La symétrie entre la règle politique/exécution tirée de la common law « publique » et l’opposition entre les rapports collectifs et les rapports individuels établie par l’art. 356 *C.c.B.-C.* n’est pas accidentelle. Lorsqu’une corporation municipale exerce ses pouvoirs discrétionnaires pour répondre à des exigences politiques, elle doit porter un jugement sur l’intérêt de l’ensemble de la collectivité, et sa responsabilité envers l’ensemble de la collectivité passe par la boîte du scrutin. Cependant, dès lors que la municipalité passe à l’exercice pratique de ses pouvoirs, son incurie est susceptible de causer un préjudice particulier à un membre individuel de la société, envers qui elle est responsable devant les tribunaux.

L’application des principes que je viens d’énoncer aux faits de l’espèce révèle que la responsabilité de la ville de Beauport pour le préjudice causé aux appelants doit être déterminée en vertu des art. 1053 et suiv. *C.c.B.-C.*

À mon avis, cet extrait de l’opinion du juge Beetz, que cite le juge LeBel, tout pertinent qu’il soit lorsqu’il s’agit de la responsabilité des corporations municipales au Québec, régie par l’art. 356 du *Code civil du Bas Canada* (modifié dans sa forme par le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, mais non pour la substance, voir les art. 300

C.C.Q.), and given that this was an extra-contractual civil action in private law, that opinion cannot determine extra-contractual civil liability in public law for malicious prosecution, something that the judgment never considered and did not have to consider. The passages quoted *supra* may have misdirected the issue that is before us here, and particularly the position of the two parties on this point which LeBel J.A. himself adopted.

109

Unlike LeBel J.A., I do not consider it to be necessary for the purposes of this case to determine whether the decision to lay charges against an individual, which is one of the functions of the Attorney General and Crown attorneys, must be characterized as an act of administrative authority or an act of political authority (p. 418). The distinction between policy and operational spheres was borrowed by Quebec law from the public common law in *Laurentide Motels* for specific purposes and in a specific context: the tort of negligence, not the tort of malicious prosecution. (See J.-D. Archambault, “Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées: le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*)” (1999), 59 *R. du B.* 59, at pp. 82-83; P.-A. Côté, “La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l’Administration québécoise — Commentaire de l’arrêt *Laurentide Motels*” (1994), 28 *R.J.T.* 411, at p. 425; L. N. Klar, “Recent Developments in Canadian Law: Tort Law” (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 177, at p. 193.) On this point, it should be noted that this Court has applied that distinction only in situations relating to the tort of negligence (see *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60, at para. 53; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 298, 2000 SCC 12; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259).

et 1376 *C.c.Q.*), et s’agissant là d’une poursuite civile extra-contractuelle en droit privé, ne saurait régir la responsabilité civile extra-contractuelle en droit public pour poursuites criminelles abusives, ce que cet arrêt n’a jamais considéré et n’avait pas à le faire. Les extraits ci-haut rapportés ont peut-être mal orienté le débat dont nous sommes ici saisis, en particulier la position à cet égard des deux parties en l’espèce que le juge LeBel a lui-même endossée.

Contrairement au juge LeBel, je n’estime pas nécessaire pour les fins du litige de déterminer si la décision de porter des accusations contre une personne, qui fait partie des fonctions du procureur général et de ses substituts, doit être qualifiée d’acte de gestion ou d’acte de puissance publique (p. 418). En effet, la distinction politique-opérationnelle a été empruntée par le droit québécois à la common law publique dans l’arrêt *Laurentide Motels* pour des fins et dans un cadre particuliers, soit celui du délit civil de négligence, et non celui du délit civil de poursuites criminelles abusives. (Voir J.-D. Archambault, « Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées : le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*) » (1999), 59 *R. du B.* 59, p. 82-83; P.-A. Côté, « La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l’Administration québécoise — Commentaire de l’arrêt *Laurentide Motels* » (1994), 28 *R.J.T.* 411, p. 425; L. N. Klar, « Recent Developments in Canadian Law : Tort Law » (1991), 23 *R.D. Ottawa* 177, p. 193.) À cet égard, il est pertinent de souligner que notre Cour a appliqué cette distinction seulement dans des situations relatives au délit civil de négligence (voir *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60, par. 53; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 298, 2000 CSC 12; *Lewis (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259).

It is instructive that while this common law rule had to be applied to the actions of the administration in the broad sense, the Supreme Court of Canada did not see fit to reiterate that distinction in relation to the tort of malicious prosecution, which was central to *Nelles*, a decision rendered after *Laurentide Motels*. (See also *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, and *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181, in which the policy/operational dichotomy was ignored in cases relating to the tort of nuisance.) I believe that to refer here to the policy/operational dichotomy was misleading, because, as Professor Archambault has shown, [TRANSLATION] "it suggests that it comprises a mandatory step in any extra-contractual liability action brought against any public authority" ("Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d'accusations pénales erronées: le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*)", *supra*, at p. 84).

This leads me to conclude that the jurisprudence and doctrine relating to the civil liability of the administration in public law, in cases where the administration makes a policy decision, is of no assistance in this instance. (See on this point *Québec (Procureur général) v. Deniso LeBel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821 (C.A.), at p. 1838; P. Garant, "La responsabilité civile de la puissance publique: du clair obscur au nébuleux" (1991), 32 *C. de D.* 745; P. Giroux and S. Rochette, "La mauvaise foi et la responsabilité de l'État", in *Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, vol. 119, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel* (1999), 117, at pp. 122-23.)

As I noted earlier, LeBel J.A. then reverted to Quebec private civil law to determine the elements of the public law tort of malicious prosecution in Quebec. He applied those elements, *inter alia*, to decide whether the Attorney General of Quebec and Crown attorneys enjoy the relative immunity in public law recognized in *Nelles*, *supra*. I cannot follow him down that path.

Si cette règle de common law devait être applicable aux actes de l'Administration au sens large, il est révélateur que la Cour suprême du Canada n'ait pas cru bon de reprendre cette distinction dans le cadre du délit civil de poursuites criminelles abusives qui était au cœur de l'arrêt *Nelles*, rendu postérieurement à *Laurentide Motels*. (Voir également *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, et *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181, où la scission politique-opérationnelle est ignorée dans des cas relatifs au délit civil de nuisance.) J'estime que ce recours à la distinction politique-opérationnelle était en l'espèce trompeur, car, comme l'a démontré le professeur Archambault, « il laisse croire qu'elle constitue un passage obligé dans toute poursuite en responsabilité extracontractuelle entamée contre quelque autorité publique » (« Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d'accusations pénales erronées : le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*) », *loc. cit.*, p. 84).

Ceci m'amène à conclure que la jurisprudence et la doctrine relatives à la responsabilité civile de droit public de l'Administration lorsqu'elle prend une décision de nature politique ne sont d'aucun secours en l'espèce. (Voir à cet égard *Québec (Procureur général) c. Deniso LeBel Inc.*, [1996] R.J.Q. 1821 (C.A.), p. 1838; P. Garant, « La responsabilité civile de la puissance publique : du clair obscur au nébuleux » (1991), 32 *C. de D.* 745; P. Giroux et S. Rochette, « La mauvaise foi et la responsabilité de l'État », dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, vol. 119, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel* (1999), 117, p. 122-123.)

Le juge LeBel, comme je l'ai déjà mentionné, s'en remet donc au droit civil privé québécois pour déterminer les éléments du délit civil de poursuites criminelles abusives de droit public au Québec. Il les applique notamment pour décider si le procureur général du Québec et ses substituts jouissent de l'immunité relative en droit public qui leur a été reconnue par l'arrêt *Nelles*, précité. Je ne saurais le suivre sur ce terrain.

110

111

112

113 Professor Archambault, in “Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées: le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*)”, *supra*, wrote on this point, at p. 97:

[TRANSLATION] By thus confusing private common law torts and public common law immunities, and simultaneously and erroneously rejecting them both, our Quebec private law has been invested with powers that it does not have, for which it was never designed. That leads to uncertainty and incoherence, in which, without actually admitting it, what is being done is to try to combine, to mix, common law considerations with principles that allegedly come from private law. . . .

114 The role of the Attorney General and of Crown attorneys when they lay criminal charges, in Quebec as elsewhere, is a public law role. They represent the Crown and the public interest, and not their private interest or the interest of a private citizen, as LeBel J.A. himself stated (at p. 412):

[TRANSLATION] The Attorney General and the Attorney General’s prosecutors are the guardians of the public interest, and assume a general responsibility for the efficient and proper functioning of the criminal justice system. Their role is not limited to that of private counsel who is responsible for an individual case (Canada. Law Reform Commission. *Controlling Criminal Prosecutions: the Attorney General and the Crown Prosecutor*. Ottawa: The Commission, 1990. Pp. 18-19).

Accordingly, it is public law that governs the actions of the Attorney General and of Crown attorneys in the performance of their duties.

115 Nor must it be forgotten that what was decided in *Nelles* was not so much the nature of the tort of malicious prosecution, but rather the scope of the immunity of the Crown and its agents as recognized in public law; this is a purely public law concept. No such concept exists in private law, except, perhaps, as Professor Archambault pointed out in “Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées: le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*)”, *supra*, at p. 74, in the statute law, for specific

Le professeur Archambault, dans « Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées : le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*) », *loc. cit.*, écrit à cet égard, à la p. 97 :

En confondant ainsi les torts de *common law* privée et les immunités de *common law* publique, pour écarter simultanément et erronément les uns et les autres, on investit notre droit privé québécois de facultés qu’il n’a pas, pour lesquelles il n’est guère conçu. Cela donne des incertitudes, des incohérences, où l’on veut réunir, fondre, sans trop l’admettre, des considérations de *common law* à des énoncés prétendument de droit privé . . .

Le rôle du procureur général et de ses substituts, au Québec comme ailleurs, en est un de droit public lorsque ceux-ci portent des accusations criminelles. Ils représentent l’État et l’intérêt public et non pas leur intérêt privé, ni celui d’un citoyen privé, comme l’exprimait le juge LeBel lui-même (à la p. 412) :

Gardiens de l’intérêt public, le procureur général et ses substituts assument une responsabilité générale à l’égard du fonctionnement efficace et correct du système de justice pénale. Leur rôle ne se limite pas à celui du plaideur privé, chargé d’un dossier particulier (Canada. Commission de réforme du droit. *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*. Ottawa : la Commission 1990. P. 20).

C’est donc le droit public qui régit les actes posés par le procureur général et ses substituts dans l’exercice de leurs fonctions.

Il ne faut pas non plus perdre de vue ici que ce que l’arrêt *Nelles* décide ce n’est pas tant la nature du délit civil de poursuites criminelles abusives, mais plutôt l’étendue de l’immunité reconnue en droit public à la Couronne et à ses agents; c’est là une pure notion de droit public. Une telle notion n’existe pas en droit privé, sauf peut-être, comme le souligne le professeur Archambault, dans « Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extracontractuelle du procureur général à raison d’accusations pénales erronées : le mixte et le mêlé (*Québec c. Proulx*) », *loc. cit.*, p. 74, en droit d’origine

purposes: immunity is granted to [TRANSLATION] “judges, commissioners, prosecutors, witnesses, parties and counsel”. LeBel J.A. (at pp. 420-21) referred to this himself, as follows:

[TRANSLATION] In fact, there are already other immunities for the benefit of participants in the judicial process, such as parties, witnesses or counsel (*Langelier v. Giroux*, (1932) 52 B.R. 113; *Langlois v. Drapeau*, [1962] B.R. 277), or justices (*Doyon v. Roussel*, [1989] R.R.A. 528 (C.A.)), and judges (*Morier v. Rivard*, (1985) 2 S.C.R. 716).

Absolute immunity had been a prerogative of the Crown since time immemorial, as Professor Archambault stated in his article, portions of which I quoted, *supra*, in this respect (“Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec: variations de droit public”, at pp. 519-20).

Each legal system, public and private, common law and civil law, has its unique rules, and I see no reason to intermingle them unless the legislature has itself so provided, as is the case for municipal corporations in Quebec law. How then can it be argued that private law concepts could be relevant in determining the scope of that public law immunity, however relative it may be? I believe that referring to private law concepts would take us down the wrong track.

It is important not to confuse torts, in private common law, and immunities, in public common law. While the tort of malicious prosecution is foreign to the private law of the Quebec *Civil Code*, the immunity defined by the public common law is not. Consequently, there is no need to translate the test that, according to *Nelles*, governs the relative immunity conferred on the Attorney General and Crown attorneys in public law into Quebec law, by trying to find some equivalent among the concepts of fault that are an inherent part of civil liability in Quebec. Application of the four criteria laid down in *Nelles* does not call for any reference to Quebec private civil law; the relative immunity of Crown counsel and of prosecutors originates in the public common law, which applies in its entirety in Quebec.

législative, pour des fins particulières : l’immunité est accordée aux « juges, commissaires, procureurs, témoins, parties et plaideurs ». Le juge LeBel en fait lui-même état en ces termes (aux p. 420-421) :

D’ailleurs, d’autres immunités existent déjà en faveur de participants au processus judiciaire, comme les parties, les témoins ou les avocats (*Langelier c. Giroux*, (1932) 52 B.R. 113; *Langlois c. Drapeau*, [1962] B.R. 277), ou encore les juges de paix (*Doyon c. Roussel*, [1989] R.R.A. 528 (C.A.)) et les juges (*Morier c. Rivard*, (1985) 2 R.C.S. 716).

En effet, l’immunité absolue était une prérogative de la Couronne depuis des temps immémoriaux, comme l’indique le professeur Archambault dans l’article dont j’ai reproduit certains extraits à cet égard plus haut « Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec : variations de droit public », p. 519-520.

Chaque système de droit, public et privé, de common law et de droit civil, comporte ses règles particulières et je ne vois aucune raison de les entremêler à moins que le législateur lui-même ne l’ait prévu, comme c’est le cas pour les corporations municipales en droit privé québécois. Comment alors peut-on prétendre que des notions de droit privé puissent être pertinentes pour déterminer l’étendue de cette immunité de droit public, toute relative qu’elle soit? J’estime que c’est faire fausse route que de s’y référer.

Il importe de ne pas confondre les délits civils de common law privée et les immunités de common law publique. S’il est vrai que le délit civil de poursuites criminelles abusives est étranger au droit privé du *Code civil* québécois, l’immunité définie par la common law publique ne l’est pas. En conséquence, nul besoin de traduire en droit québécois les critères qui, selon l’arrêt *Nelles*, régissent l’immunité relative reconnue au procureur général et à ses substituts en droit public, en y cherchant une équivalence parmi les concepts de faute propres à la responsabilité civile québécoise. L’application des quatre critères établis par l’arrêt *Nelles* ne nécessite aucune référence au droit civil privé québécois; l’immunité relative des procureurs de la Couronne et de ses substituts tire son origine de la common law publique, qui s’applique intégralement au Québec.

116

117

118

(4) Conclusion

119

I therefore conclude from the foregoing that the extra-contractual civil liability of the Attorney General of Quebec and of the Attorney General's prosecutors for malicious prosecution is part of Quebec public law and is entirely governed in Quebec by the decision in *Nelles*, *supra*. The relative immunity enjoyed by the Attorney General and by Crown attorneys pursuant to *Nelles* applies to them. Consequently, the concepts of fault in the private civil law of Quebec are not applicable in deciding that liability; rather, the public law test laid down in *Nelles* applies.

120

That being said, I turn to the application of *Nelles* to the facts of this case, in order to determine whether the Attorney General of Quebec and the Crown attorneys are entitled to relative immunity in respect of the extra-contractual civil action brought against them. Prior to that, however, it is important to review the role of the Attorney General and Crown attorneys as regards criminal prosecutions, and the standards applicable to the performance of their duties, in accordance with *Nelles*.

D. *Application of Nelles to the Facts of the Case*(1) Role and Duties of the Attorney General in Relation to the Laying of Criminal Charges

121

The leading decision in this respect is *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, to which both Lamer and McIntyre JJ. referred in *Nelles*. Lamer J. dealt with it as follows (at pp. 191-92):

The office of the Crown Attorney has as its main function the prosecution of and supervision over indictable and summary conviction offences. The Crown Attorney is to administer justice at a local level and in so doing acts as agent for the Attorney General. Traditionally the Crown Attorney has been described as a "minister of justice" and "ought to regard himself as part of the Court rather than as an advocate". (Morris Manning, "Abuse of Power by Crown Attorneys", [1979] *L.S.U.C. Lectures* 571, at p. 580, quoting Henry Bull, Q.C.) As regards the proper role of the Crown Attorney, perhaps no more

(4) Conclusion

Je conclus donc de ce qui précède que la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général du Québec et de ses substituts pour poursuites criminelles abusives fait partie du droit public québécois et est régie intégralement au Québec par l'arrêt *Nelles*, précité. L'immunité relative dont jouissent le procureur général et ses substituts en vertu de l'arrêt *Nelles* leur est applicable. En conséquence, il n'y a pas lieu d'appliquer les notions de fautes du droit civil privé du Québec pour décider de cette responsabilité; il y a plutôt lieu de s'en tenir aux critères de droit public énoncés dans l'arrêt *Nelles*.

Ceci dit, il s'agit maintenant d'appliquer l'arrêt *Nelles* aux faits de l'espèce afin de déterminer si le procureur général du Québec et ses substituts doivent bénéficier de l'immunité relative en regard de la poursuite civile extra-contractuelle logée contre eux. Auparavant, cependant, il est important de revenir sur le rôle du procureur général et de ses substituts en ce qui a trait aux poursuites criminelles ainsi qu'aux normes applicables à l'exercice de celui-ci aux termes de l'arrêt *Nelles*.

D. *Application de l'arrêt Nelles aux faits de l'espèce*(1) Le rôle du procureur général et ses devoirs relativement au dépôt d'accusations criminelles

L'arrêt clé en la matière est *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, auquel d'ailleurs réfèrent tous deux les juges Lamer et McIntyre dans l'arrêt *Nelles*. Le juge Lamer en traite en ces termes (aux p. 191-192) :

Le rôle premier du procureur de la Couronne consiste à poursuivre les actes criminels et les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité et à exercer une surveillance à cet égard. Le procureur de la Couronne administre la justice au niveau local et, en cela, agit au nom du procureur général. Le procureur de la Couronne a traditionnellement été décrit comme un [TRADUCTION] « représentant de la justice » qui « devrait se considérer plus comme un fonctionnaire de la cour que comme un avocat ». (Morris Manning, « Abuse of Power by Crown Attorneys »,

often quoted statement is that of Rand J. In *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at p. 23-24:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

LeBel J.A. did a very thorough review of the question and there is no disagreement regarding the norms he identified. I believe that it is worth reproducing a passage from his opinion on this point here, with which I am in complete agreement (at p. 411):

[TRANSLATION] The critical nature of the role of the Attorney General and prosecutors in a province in the functioning of the criminal justice system in Canada is apparent even from a quick examination of their functions. The Attorney General is traditionally responsible for administering justice, and for initiating or terminating criminal and penal prosecutions. He or she also acts as representative of the sovereign, before the courts and in the various criminal proceedings. Those functions give the Attorney General the status of constitutional guardian of the social peace, and the duty to ensure that crimes and violations of statutes are punished (Canada. Law Reform Commission. *Criminal Procedure: Control of the Process*. Ottawa: The Commission, 1975. Pp. 11-13).

(2) The Nelles Test

In applying the *Nelles* decision, the respondent's conduct must be evaluated having regard to the role of the Attorney General. Lamer J. described the necessary cumulative elements to

[1979] *L.S.U.C. Lectures* 571, à la p. 580, citant Henry Bull, c.r.) Sur le rôle qui est propre au procureur de la Couronne, il n'y a probablement aucun passage qui soit aussi souvent cité que cet extrait des motifs du juge Rand dans l'affaire *Boucher v. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, aux pp. 23 et 24 :

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

Le juge LeBel a fait une étude magistrale de la question et les normes qu'il en dégage ne font pas l'objet de débat. Je crois utile de reproduire ici un extrait de son opinion sur ce point, avec lequel je suis entièrement d'accord (à la p. 411) :

Le caractère critique du rôle du procureur général d'une province et de ses substituts dans le fonctionnement de la justice pénale au Canada ressort d'un examen, même rapide, de leurs fonctions. Le procureur général est traditionnellement chargé d'administrer la justice, d'engager les poursuites criminelles et pénales ou d'y mettre fin. Il agit aussi comme le représentant du souverain, devant les cours de justice et dans les différentes procédures pénales. Ces fonctions lui attribuent le statut de gardien constitutionnel de la paix sociale, qui doit s'assurer que soient sanctionnés les crimes et les violations des lois (Canada. Commission de réforme du droit. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*. Ottawa : la Commission, 1975. P. 12-14).

(2) Les critères de l'arrêt Nelles

C'est donc en gardant à l'esprit le rôle du procureur général et les critères de l'arrêt *Nelles* qu'il y a lieu d'apprécier la conduite de l'intimé. Le juge Lamer décrit ainsi les quatre éléments

succeed in an action for malicious prosecution (at p. 193):

- (a) the proceedings must have been initiated by the defendant;
- (b) the proceedings must have terminated in favour of the plaintiff;
- (c) the absence of reasonable and probable cause;
- (d) malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect.

(See J. G. Fleming, *The Law of Torts* (5th ed. 1977), at p. 598.)

Lamer J. pursued (at pp. 193-94):

The first two elements are straightforward and largely speak for themselves. The latter two elements require explicit discussion. Reasonable and probable cause has been defined as “an honest belief in the guilt of the accused based upon a full conviction, founded on reasonable grounds, of the existence of a state of circumstances, which, assuming them to be true, would reasonably lead any ordinarily prudent and cautious man, placed in the position of the accuser, to the conclusion that the person charged was probably guilty of the crime imputed” (*Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, at p. 171, Hawkins J.).

This test contains both a subjective and objective element. There must be both actual belief on the part of the prosecutor and that belief must be reasonable in the circumstances. The existence of reasonable and probable cause is a matter for the judge to decide as opposed to the jury.

The required element of malice is for all intents, the equivalent of “improper purpose”. It has according to Fleming, a “wider meaning than spite, ill-will or a spirit of vengeance, and includes any other improper purpose, such as to gain a private collateral advantage” (Fleming, *op. cit.*, at p. 609). To succeed in an action for malicious prosecution against the Attorney General or Crown Attorney, the plaintiff would have to prove both the absence of reasonable and probable cause in commencing the prosecution, and malice in the form of a deliberate and improper use of the office of the Attorney General or Crown Attorney, a use inconsistent with the status of “minister of justice”. In my view this burden on the plaintiff amounts to a requirement that the Attorney General or Crown Attorney perpetrated a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted

cumulatifs nécessaires pour obtenir gain de cause dans une action pour poursuites criminelles abusives (à la p. 193) :

- a) les procédures ont été engagées par le défendeur;
- b) le tribunal a rendu une décision favorable au demandeur;
- c) l'absence de motif raisonnable et probable;
- d) l'intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi.

(Voir J. G. Fleming, *The Law of Torts* (5^e éd. 1977), p. 598.)

Le juge Lamer poursuit (aux p. 193-194) :

Les deux premiers éléments sont clairs et, d'une manière générale, se passent d'explication. Les deux derniers en revanche exigent une analyse détaillée. Un motif raisonnable et probable a été décrit comme [TRADUCTION] « la croyance de bonne foi en la culpabilité de l'accusé, basée sur la certitude, elle-même fondée sur des motifs raisonnables, de l'existence d'un état de faits qui, en supposant qu'ils soient exacts, porterait raisonnablement tout homme normalement avisé et prudent, à la place de l'accusateur, à croire que la personne inculpée était probablement coupable du crime en question » (*Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, à la p. 171, le juge Hawkins).

Ce critère comporte à la fois un élément subjectif et un élément objectif. Il doit y avoir une croyance réelle de la part du poursuivant et cette croyance doit être raisonnable dans les circonstances. La question de l'existence d'un motif raisonnable et probable est à décider par le juge et non par le jury.

L'élément obligatoire de malveillance équivaut en réalité à un « but illégitime ». D'après Fleming, la malveillance [TRADUCTION] « veut dire davantage que la rancune, le mauvais vouloir ou un esprit de vengeance, et comprend tout autre but illégitime, par exemple, celui de se ménager accessoirement un avantage personnel » (Fleming, *op. cit.*, à la p. 609). Pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, le demandeur doit prouver à la fois l'absence de motif raisonnable et probable pour engager les poursuites et la malveillance prenant la forme d'un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de procureur général ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de « représentant de la justice ». À mon avis, ce fardeau incombant au demandeur revient à exiger que le

or abused his office and the process of criminal justice. In fact, in some cases this would seem to amount to criminal conduct. (See for example breach of trust, s. 122, conspiracy re: false prosecution s. 465(1)(b), obstructing justice s. 139(2) and (3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.) [Emphasis deleted.]

Lamer J. summarizes the plaintiff's burden in such actions (at p. 194):

By way of summary then, a plaintiff bringing a claim for malicious prosecution has no easy task. Not only does the plaintiff have the notoriously difficult task of establishing a negative, that is the absence of reasonable and probable cause, but he is held to a very high standard of proof to avoid a non-suit or directed verdict (see Fleming, *op. cit.*, at p. 606, and *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466, at pp. 469-71). Professor Fleming has gone so far as to conclude that there are built-in devices particular to the tort of malicious prosecution to dissuade civil suits (at p. 606):

The disfavour with which the law has traditionally viewed the action for malicious prosecution is most clearly revealed by the hedging devices with which it has been surrounded in order to deter this kind of litigation and protect private citizens who discharge their public duty of prosecuting those reasonably suspected of crime.

The test laid down in *Nelles* for lifting the immunity of Crown attorneys is very strict, and for a good reason. It must be recalled that before *Nelles*, immunity was absolute, as it has in fact always been the case in the United States. In *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), the United States Supreme Court held (at pp. 422-24):

The common-law immunity of a prosecutor is based upon the same considerations that underlie the common-law immunities of judges and grand jurors acting within the scope of their duties. These include concern that harassment by unfounded litigation would cause a deflection of the prosecutor's energies from his public duties, and the possibility that he would shade his decisions instead of exercising the independence

procureur général ou le procureur de la Couronne ait commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il ait abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle. En fait il semble que, dans certains cas, cela équivaille à une conduite criminelle. (Voir, par exemple, l'abus de confiance, art. 122, le complot en vue d'engager des poursuites injustifiées, al. 465(1)(b), l'entrave à la justice, par. 139(2) et (3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46.) [Soulignement omis.]

Plus loin, le juge Lamer résume la tâche du demandeur qui intente une telle poursuite (à la p. 194) :

Pour résumer donc, un demandeur qui intente une action pour poursuites abusives ne se lance pas dans une entreprise facile. Il doit non seulement s'acquitter de la tâche notoirement difficile de prouver un fait négatif, c'est-à-dire l'absence de motif raisonnable et probable, mais il doit également satisfaire à une norme très élevée en matière de preuve s'il veut éviter le non-lieu ou le verdict imposé (voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 606, et *Mitchell v. John Heine and Son Ltd.* (1938), 38 S.R. (N.S.W.) 466, aux pp. 469 à 471). Le professeur Fleming va même jusqu'à conclure que le délit civil de poursuites abusives comporte certaines particularités destinées à décourager les actions civiles (à la p. 606) :

[TRADUCTION] La désapprobation que le droit a traditionnellement manifestée à l'égard de l'action pour poursuites abusives ressort le plus nettement des restrictions qui lui ont été apportées afin de faire obstacle à ce type d'actions et de protéger les particuliers qui s'acquittent de leur devoir public de poursuivre les personnes raisonnablement soupçonnées d'avoir commis des crimes.

Les critères dégagés dans l'arrêt *Nelles* pour lever l'immunité des procureurs de la Couronne sont très exigeants, et non sans raison. Il faut se rappeler qu'avant l'arrêt *Nelles*, l'immunité était absolue comme elle l'est toujours d'ailleurs aux États-Unis. En effet la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Imbler c. Pachtman*, 424 U.S. 409 (1976), affirmait (aux p. 422-424) :

[TRADUCTION] L'immunité de common law d'un procureur (*prosecutor*) est fondée sur les mêmes considérations qui sous-tendent l'immunité des juges et des grands jurés qui agissent dans les limites de leurs pouvoirs. Ces considérations sont nourries par la crainte d'être entraîné dans un litige non fondé qui serait de nature à réduire l'efficacité des procureurs dans la décharge de leurs devoirs publics et la possibilité qu'ils nuancent leurs

of judgment required by his public trust. One court expressed both considerations as follows:

“The office of public prosecutor is one which must be administered with courage and independence. Yet how can this be if the prosecutor is made subject to suit by those whom he accuses and fails to convict? To allow this would open the way for unlimited harassment and embarrassment of the most conscientious officials by those who would profit thereby. There would be involved in every case the possible consequences of a failure to obtain a conviction. There would always be a question of possible civil action in case the prosecutor saw fit to move dismissal of the case. . . . The apprehension of such consequences would tend toward great uneasiness and toward weakening the fearless and impartial policy which should characterize the administration of this office. The work of the prosecutor would thus be impeded and we would have moved away from the desired objective of stricter and fairer law enforcement.” *Pearson v. Reed*, 6 Cal. App. 2d 277, 287, 44 P.2d 592, 597 (1935).

In *Yaselli v. Goff*, 12 F.2d 396 (2d Cir. 1926), Rogers J. wrote, at p. 406:

The public interest requires that persons occupying such important positions and so closely identified with the judicial departments of the government should speak and act freely and fearlessly in the discharge of their important official functions. They should be no more liable to private suits for what they say and do in the discharge of their duties than are the judges and jurors, to say nothing of the witnesses who testify in a case.

Lamer J. recognized in *Nelles* that “[t]here is no doubt that the policy considerations in favour of absolute immunity have some merit” (p. 199). Those considerations include public confidence, diversion from duties, the choice between two evils and other available recourses. He concludes as follows (at p. 199):

Further, it is important to note that what we are dealing with here is an immunity from suit for malicious prosecution; we are not dealing with errors in judgment or

décisions au lieu de les exercer avec l’indépendance de jugement que requiert la confiance que le public met en eux. Un tribunal a décrit ces deux facteurs en ces termes :

« La fonction de procureur de la poursuite doit être exercée avec courage et indépendance. Cependant, comment peut-il en être ainsi lorsque le procureur de la poursuite peut être poursuivi par ceux qu’il met en accusation et à l’égard desquels il ne réussit pas à obtenir une déclaration de culpabilité? Permettre qu’une telle situation se produise laisserait la voie libre à certains individus qui gagneraient à harceler et à gêner à l’infini les fonctionnaires les plus consciencieux. Chaque cas serait porteur des conséquences éventuelles du défaut d’obtenir une déclaration de culpabilité. La question de la possibilité d’une poursuite civile serait toujours présente, dans le cas où le procureur de la poursuite jugerait bon de demander le rejet de l’affaire . . . L’appréhension de telles conséquences risque de créer un grand malaise et un relâchement de l’attitude courageuse et impartiale qui devrait caractériser l’exercice de cette fonction. Le travail du procureur s’en trouverait entravé, et nous nous serions éloignés de l’objectif recherché d’une application plus stricte et plus équitable de la loi. » *Pearson c. Reed*, 6 Cal. App. 2d 277, 287, 44 P.2d 592, 597 (1935).

Dans l’arrêt *Yaselli c. Goff*, 12 F.2d 396 (2d Cir. 1926), le juge Rogers écrit, à la p. 406 :

[TRADUCTION] L’intérêt public requiert que les personnes qui occupent des positions d’une telle importance et si intimement liées au secteur de la justice du gouvernement doivent parler et agir librement et sans peur dans la décharge de leurs importantes fonctions officielles. Elles ne devraient pas être plus susceptibles de poursuites civiles pour leurs paroles et leurs actes dans l’exercice de leurs fonctions que ne le sont les juges et les jurés, sans parler des témoins appelés à rendre témoignage dans une cause.

Quant au juge Lamer dans l’arrêt *Nelles*, il reconnaît qu’« [i]l ne fait pas de doute que les considérations d’intérêt public invoquées en faveur de l’immunité absolue ont une certaine légitimité » (p. 199). Ces considérations sont notamment : la confiance du public, le détournement des fonctions, le choix entre deux maux et les autres recours possibles. Or, il en vient à la conclusion suivante (à la p. 199) :

De plus, il importe de souligner qu’il s’agit ici d’une immunité contre des actions pour poursuites abusives; il n’est question ni d’erreurs de jugement, ni d’erreurs

discretion or even professional negligence. By contrast the tort of malicious prosecution requires proof of an improper purpose or motive, a motive that involves an abuse or perversion of the system of criminal justice for ends it was not designed to serve and as such incorporates an abuse of the office of the Attorney General and his agents the Crown Attorneys. [Emphasis added.]

In that decision, I myself pointed out (at p. 223):

Attorneys General and Crown Attorneys are often faced with difficult decisions as to whether to proceed in matters which come before them. It is unfortunate that, like all human beings, they cannot be immune from error. However, the holders of such offices can and should be immune from prosecution for any such errors which occur in the course of the exercise of their functions. The freedom of action of Attorneys General and Crown Attorneys is vital to the effective functioning of our criminal justice system. In my view, the greater public interest is best served by giving absolute immunity to these agents.

This is the background against which the facts of this case must be examined having regard to the norms and test set out *supra*.

(3) The Judicial Framework

The facts that led to the prosecution of the appellant and the difficulties that arose at trial are not in dispute; the only issue concerns the assessment of those facts having regard to the applicable norms. It is useful, however, to recount at the outset the judicial history of this case, starting with the murder of France Alain.

Following the murder, officers John Tardif and Marcel Gauvin were put in charge of the investigation. The coroner summoned a number of witnesses, including the appellant. Early on, suspicion focused on the appellant on account of the facts established at the coroner's inquest.

In March 1986, after several weeks of inquiry, the coroner conceded that he could not conclude that the appellant had met France Alain on the evening of October 25, 1982 and no charges

dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ni même de négligence professionnelle. Dans le cas du délit civil de poursuites abusives, par contre, on doit prouver l'existence d'un but ou d'un motif illégitime, motif qui constitue un abus ou une perversion du système de justice criminelle à des fins auxquelles il n'est pas destiné et qui, en tant que tel, comporte un abus des pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne qui agissent en son nom. [Je souligne.]

Pour ma part, dans le même arrêt, j'ai fait ressortir que (à la p. 223) :

Les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne sont souvent confrontés à des décisions difficiles quant au dépôt d'une poursuite dans des affaires qui leur sont soumises. Il est malheureux que, comme tout être humain, ils ne soient pas exempts d'erreurs. Toutefois, ceux qui détiennent de telles positions peuvent et doivent jouir d'une immunité de poursuite pour de telles erreurs qui se produisent dans le cours de l'exercice de leurs fonctions. La liberté d'action des procureurs généraux et des procureurs de la Couronne est vitale pour assurer que notre système de justice criminelle fonctionne de façon efficace. J'estime que le bien public est mieux servi en conférant à ces agents une immunité absolue.

C'est sur cette toile de fond qu'il y a lieu de discuter des faits de l'espèce au regard des normes et critères dégagés plus haut.

(3) La trame judiciaire

Les faits qui ont donné lieu à la poursuite criminelle contre l'appellant ainsi que les incidents du procès ne sont aucunement contestés; seule leur appréciation au regard des normes applicables l'est. Je crois, cependant, qu'il y a lieu de relater au départ l'histoire judiciaire de cette affaire à partir du meurtre de France Alain.

Suite au meurtre, une enquête est confiée aux policiers John Tardif et Marcel Gauvin, au cours de laquelle le coroner assigne de nombreux témoins, dont l'appellant. Très tôt, les soupçons se portent sur l'appellant en raison des faits établis à l'enquête du coroner.

Après plusieurs semaines d'enquête, le coroner concède que, en mars 1986, il ne peut conclure que l'appellant a rencontré France Alain le soir du 25 octobre 1982. Aucune accusation criminelle n'est

126

127

128

129

were laid. At that time, the Crown attorney was of the view that there was insufficient evidence.

130 Inactive since the coroner's inquest, the case was reactivated in early 1991, due to a new media coverage of an action in civil liability for defamation brought by the appellant against a journalist at the radio station CHRC and John Tardif, who had investigated the case. The publication of a photograph of the appellant in a local newspaper, alongside a news report on the civil action, revived anew Paul-Henri Paquet's memory. The Crown attorney at the coroner's inquest was informed of this new development. The police and the Crown then reopened the case of France Alain. The Crown attorney immediately requested the police officers to conduct a serious investigation of this new witness. They looked for additional verification concerning, among other things, written statements from the witness's relatives and on the information he would have provided in 1982. The account given by Mr. Paquet was corroborated by the testimony of a number of other people, three of whom affirming that, in the hours following the murder, Mr. Paquet had recounted the same incident he would recall in 1991.

131 In light of the facts recounted by this witness, the Crown attorney re-examined the whole of the evidence collected during the police investigation, including the transcripts of the police interrogations and of the coroner's inquest. Only after discussing the case with his colleagues and superiors did the Crown attorney authorize the laying of a murder charge against the appellant, on March 20, 1991.

132 The appellant's preliminary inquiry was held in April 1991, at which time he was committed for trial. He was tried before judge and jury, and at the end of the trial, on November 10, 1991, he was found guilty of the first degree murder of France Alain. He was sentenced to life in prison, with no eligibility of parole for 25 years.

portée à l'issue de cette enquête, le substitut du procureur général étant d'avis que les éléments de preuve sont alors insuffisants.

Demeuré inactif depuis l'enquête du coroner, le dossier se ranime soudainement au début de 1991, à la faveur d'une nouvelle couverture médiatique, celle qui résulte de la poursuite en responsabilité civile pour diffamation intentée par l'appellant contre un journaliste de la station CHRC et l'ancien enquêteur John Tardif. La diffusion dans un journal local de la photographie de l'appellant, jointe à un article faisant état de la poursuite civile, ravive la mémoire de Paul-Henri Paquet, qui se manifeste à nouveau. Le substitut qui a participé à l'enquête du coroner est mis au courant de ce nouveau développement. La police et la Couronne rouvrent alors le dossier de France Alain. Dès lors, le procureur de la Couronne demande aux policiers d'effectuer une enquête sérieuse sur ce nouveau témoin. Ils cherchent à obtenir des vérifications additionnelles concernant, notamment, des déclarations écrites de la part de parents du témoin sur celui-ci et sur les informations qu'il aurait données en 1982. La version du témoin Paquet est corroborée par de nombreux témoignages; trois personnes affirment que, dans les heures qui ont suivi le meurtre, M. Paquet leur a dit la même chose qu'il allait prétendre en 1991.

À la lumière de la version des faits de ce témoin, le substitut réexamine l'ensemble de la preuve recueillie lors de l'enquête policière et, notamment, les transcriptions des interrogatoires de police et de l'enquête du coroner. C'est seulement après avoir discuté de l'affaire avec ses collègues et ses supérieurs que, le 20 mars 1991, il autorise le dépôt d'une accusation de meurtre contre ce dernier.

Au cours du mois d'avril 1991, l'appellant subit une enquête préliminaire à l'issue de laquelle il est cité à procès. Il est jugé devant juge et jury et, au terme du procès, le 10 novembre 1991, le jury le reconnaît coupable de meurtre au premier degré de France Alain. Il est condamné à la prison à perpétuité, sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans.

The Court of Appeal set aside the guilty verdict and substituted a verdict of acquittal, having concluded that the verdict was based on evidence that should have been excluded (at p. 383 C.C.C.):

[TRANSLATION] With respect, we consider that the jury's verdict rests in part on evidence that the judge should have excluded. We are also of the view that the jury ended up at its verdict as a result of inadequate instructions, in particular on the visual identification evidence and the question of motive. Finally, we consider that the identification evidence is so lacking in probative value that it would be unreasonable, even taking into account the other evidence called by the Crown, to find beyond a reasonable doubt that Mr. Paquet saw the appellant near the scene of the crime on the evening of October 25, 1982.

While we must take account of the advantages of the jury's position in regard to questions of credibility, we are on the other hand required, pursuant to the principles set out above, to consider the reasonableness of the verdict on the basis of the legally admissible evidence and what would be the appropriate instructions in law. In short, our conclusion must deal with a verdict that the jury could have reasonably rendered, not on the evidence admitted but on that which should have been admitted, after having been properly instructed by the trial judge.

Applying the principles set out in *Yebes, Howard, S.(P.L.)* and *W.(R.)* to all of the evidence, we consider that in the present case, a properly instructed jury "could not reasonably have decided that the accused was guilty beyond a reasonable doubt".

(4) Liability

(a) *Preliminary Remarks*

The Court of Appeal was particularly divided on the meaning and characterization of the test set out in *Nelles*. Beauregard J.A. strictly applied *Nelles* to the facts of the case, while LeBel J.A., dissenting on this point, redefined the test on the basis of the civil law definition of fault.

Applying the extremely rigorous test laid down in *Nelles*, which is, according to Lamer J., in the nature of a fraud on the law, I am in complete agreement with the conclusion reached by Beauregard J.A. based on the test.

La Cour d'appel casse le verdict de culpabilité et lui substitue un verdict d'acquittement, concluant que le verdict repose sur des éléments de preuve qui auraient dû être exclus (aux p. 2087-2088) :

Nous estimons ainsi, avec égard, que le verdict du jury repose en partie sur des éléments de preuve que le juge aurait dû exclure. Nous sommes aussi d'avis que le jury a abouti à son verdict à partir de directives inadéquates, notamment sur la preuve d'identification oculaire et concernant la question du mobile. Enfin, nous estimons que la preuve d'identification est à ce point démunie de valeur probante qu'il serait déraisonnable, même en tenant compte des autres éléments invoqués par le ministère public, d'en tirer la conclusion hors de tout doute raisonnable que M. Paquet a vu l'appelant près du crime dans la soirée du 25 octobre 1982.

Si nous devons tenir compte de la position privilégiée du jury à l'endroit des questions de crédibilité, nous sommes par contre tenus, en vertu des principes ci-dessus énoncés, d'étudier le caractère raisonnable du verdict à partir de la preuve légalement reçue et à la lumière des directives convenables en droit. Bref, notre conclusion doit porter sur un verdict que le jury pouvait raisonnablement rendre, non pas sur la preuve administrée mais sur celle qui aurait dû l'être, et cela, après avoir été convenablement instruit par le premier juge.

Appliquant ainsi à l'ensemble de la preuve qui subsiste au dossier les principes énoncés dans les arrêts *Yebes, Howard, S.(P.L.)* et *W.(R.)*, nous estimons qu'en l'espèce un jury convenablement instruit « n'aurait pu raisonnablement déclarer l'accusé coupable hors de tout doute raisonnable ».

(4) La responsabilité

(a) *Remarques préliminaires*

C'est dans l'appréciation et la qualification des critères de l'arrêt *Nelles* que s'est particulièrement divisée la Cour d'appel. Le juge Beauregard applique intégralement aux faits les critères de l'arrêt *Nelles* alors que le juge LeBel, dissident sur ce point, redéfinit les critères à la lumière de la faute en droit civil.

Appliquant les critères extrêmement rigoureux dégagés dans l'arrêt *Nelles*, critères qui, selon le juge Lamer, sont de la nature d'une fraude à la loi, je partage entièrement la conclusion qu'en tire le juge Beauregard.

136 As a preliminary point, it must be noted, as Bros-sard J.A. pointed out, that the burden of proof in civil matters is not subject to the same rules as in criminal matters. Proof beyond a reasonable doubt in criminal law is not the proof required in civil law, which is proof on a balance of probabilities. On this point, I would borrow the expression used by Professor J.-C. Royer: [TRANSLATION] “Criminal law does not apply to civil law” (*La preuve civile* (2nd ed. 1995), at p. 473) or, as Brossard J.A. observed (at p. 436):

[TRANSLATION] In my opinion, and with respect for the contrary view, it seems to me that the trial judge’s error gave the judgment of this Court acquitting the respondent, for good reason, too much weight in the civil trial. Not only is a civil trial not subject to the same rules of evidence, but also, and most importantly, the burden of proof is essentially reversed in a civil trial

. . . while in the criminal case the Crown had the burden of proving the accused’s guilt beyond a reasonable doubt, the burden is on the respondent, in the civil trial, [a burden of] proof by a preponderance of evidence. . . .

137 On the other hand, the Crown attorney does not assume the role of the judge and does not have to anticipate all of the rulings that a judge may make in a criminal trial, those decisions often being determined by the arguments made by the defence, the gravity of the case, the gravity of the offence charged, and so on. The Crown attorney must know the law and apply it to the best of his or her knowl-edge.

138 Nor can the Crown attorney be held responsible for the errors which the judge at the criminal trial is alleged to have made as found by the Court of Appeal and on which the trial judge in the civil case relied entirely to uphold the appellant’s action.

139 In addition, it is essential to point out that this was a prosecution based solely on circumstan-tial evidence, no one having witnessed the murder. Contrary to what my colleagues seem to be saying, the evidence and pleadings clearly show that neither the Crown nor the defence saw fit to compel the wit-ness, Mr. Paquet, to identify the accused before or during the trial. In *The Law of Evidence in Canada*

À titre préliminaire, il faut retenir d’une part, comme le juge Brossard le souligne, que le fardeau de preuve en matière civile n’est pas sujet aux mêmes règles qu’en matière criminelle. La preuve hors de tout doute raisonnable en droit criminel n’est pas celle du droit civil, soit la balance des probabilités. À cet égard j’emprunterais l’expression que le professeur J.-C. Royer reprend « le criminel ne tient pas le civil en état » (*La preuve civile* (2^e éd. 1995), p. 473) ou, comme le souligne le juge Bros-sard (à la p. 436) :

À mon avis, et ceci dit avec égards pour l’opinion con-traire, l’erreur du premier juge me paraît être d’avoir accordé au jugement de notre cour, acquittant l’intimé, et pour cause, une portée indue en regard du procès civil. Non seulement celui-ci n’est pas assujetti aux mêmes règles de preuve mais, surtout, le fardeau de preuve est essentiellement inversé dans le procès civil.

. . . alors que la Couronne avait, en matière pénale, l’obligation de prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l’accusé, le fardeau repose sur l’intimé, dans le procès civil, [un fardeau de] preuve prépon-dérante . . .

D’autre part, le substitut n’a pas à se substituer au juge et à prévoir à l’avance toutes les décisions que peut rendre un juge lors d’un procès criminel, décisions qui sont souvent fonction des arguments présentés par la défense, du sérieux de la cause, du sérieux de la violation qu’on allègue, et ainsi de suite. Le substitut doit connaître la loi et l’appliquer au meilleur de sa connaissance.

Le substitut ne saurait non plus être tenu res-ponsable des erreurs que l’on reproche au juge du procès dans la poursuite criminelle, reproches que la Cour d’appel a énumérés et que le juge de pre-mière instance a adoptés en entier pour donner gain de cause à l’appelant.

Par ailleurs, il est primordial de souligner qu’il s’agissait ici d’une poursuite s’appuyant uni-quement sur une preuve circonstancielle, personne n’ayant été témoin du meurtre. En effet, contrai-rement à ce que semblent soutenir mes collègues, la preuve et les plaidoiries démontrent clairement que ni la Couronne ni la défense n’ont jugé bon de contraindre le témoin Paquet à identifier l’accusé

(2nd ed. 1999), J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant describe the requirements relating to circumstantial evidence (at pp. 38 and 41):

Circumstantial evidence in the criminal context is any circumstance which may or may not tend to implicate the accused in the commission of the offence for which the accused is charged.

Each piece of evidence need not alone lead to the conclusion sought to be proved. Pieces of evidence, each by itself insufficient, may however when combined, justify the inference that the facts exist.

J. J. Robinette, "Circumstantial Evidence", [1955] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 307, said the following (at p. 307):

All that circumstantial evidence is, is that you are seeking to prove circumstances, subordinate circumstances, subordinate facts, from which a trial tribunal may draw the inference that a principal issue of fact vital to your case has been established. Therefore, as a matter of logic, if an inference may be drawn from a subordinate fact that the principal fact occurred then evidence is admissible to prove the subordinate fact and that is what is loosely called circumstantial evidence.

See also R. J. Delisle, *Evidence: Principles and Problems* (4th ed. 1996), at p. 23: "In cases of circumstantial evidence certain facts connected with the material fact are proved and the trier is asked to infer from those facts that the material fact exists"; A. F. Sheppard, *Evidence* (3rd ed. 1988), at p. 158: "Circumstantial evidence is any item of evidence other than the testimony of an eyewitness to the material fact, which is called direct evidence."

As Hall J. (dissenting in part but not on this issue) wrote in *Reference re Truscott*, [1967] S.C.R. 309, at pp. 383-84:

I recognize fully that guilt can be brought home to an accused by circumstantial evidence; that there are cases

avant ou pendant le procès. Dans leur traité *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant décrivent ainsi les exigences relatives à une preuve de nature circonstancielle (aux p. 38 et 41) :

[TRADUCTION] La preuve circonstancielle en droit criminel s'entend de toute circonstance susceptible ou non d'impliquer l'accusé dans la perpétration de l'infraction dont il est inculpé.

Il n'est pas nécessaire que chaque élément de preuve mène, à lui seul, à la conclusion que l'on cherche à démontrer. Les éléments de preuve qui sont insuffisants isolément peuvent cependant, lorsqu'ils sont réunis, justifier la conclusion que les faits existent.

J. J. Robinette, « Circumstantial Evidence », [1955] *Spec. Lect. L.S.U.C.* 307, s'exprime en ces termes (à la p. 307) :

[TRADUCTION] La preuve circonstancielle constitue simplement la tentative de prouver les circonstances, les circonstances accessoires et les faits accessoires à partir desquels le tribunal de première instance peut conclure qu'une question de fait principale, essentielle à la preuve, a été établie. En conséquence, comme le veut la logique, s'il est possible d'inférer, à partir d'un fait accessoire, qu'un fait principal est survenu, la preuve visant à établir le fait accessoire est admissible pour prouver le fait accessoire, et c'est ce qu'on appelle en général une preuve circonstancielle.

Voir également R. J. Delisle, *Evidence: Principles and Problems* (4^e éd. 1996), p. 23 : [TRADUCTION] « Lorsqu'il s'agit d'une preuve circonstancielle, certains faits liés à un fait substantiel sont établis et on demande au juge des faits d'inférer, à partir de ces faits, l'existence du fait substantiel »; A. F. Sheppard, *Evidence* (3^e éd. 1988), p. 158 : [TRADUCTION] « La preuve circonstancielle s'entend de tout élément de preuve autre que le témoignage d'un témoin oculaire quant au fait substantiel, qu'on appelle une preuve directe. »

Comme le juge Hall, dissident en partie mais non sur ce point, l'a écrit dans l'arrêt *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309, p. 383-384 :

[TRADUCTION] Je reconnais pleinement que la preuve circonstancielle peut mener à l'obtention d'une

where the circumstances can be said to point inexorably to guilt more reliably than direct evidence; that direct evidence is subject to the everyday hazards of imperfect recognition or of imperfect memory or both. The circumstantial evidence case is built piece by piece until the final evidentiary structure completely entraps the prisoner in a situation from which he cannot escape. There may be missing from that structure a piece here and there and certain imperfections may be discernible, but the entrapping mesh taken as a whole must be continuous and consistent.

See also *R. v. Kaysaywaysemat* (1992), 10 C.R. (4th) 317 (Sask. C.A.). Circumstantial evidence may therefore establish that the accused committed the crime: *R. v. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540 (Alta. C.A.); *Genest v. La Reine*, [1990] R.J.Q. 2387 (C.A.). The accused's conduct subsequent to the crime may also constitute circumstantial evidence of guilt: *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109.

142 At the heart of the application of these rules of liability lies the decision by the Crown attorney to prosecute, which should be assessed having regard to the factual situation and all of the information available to him at the time he authorized the murder charge: March 20, 1991.

143 I will examine the four criteria set out in *Nelles* in turn having regard to the evidence on which the Crown attorney based his opinion that laying the information was justified.

(b) *The Criminal Prosecution and the Acquittal*

144 The first two criteria are easily met: the criminal proceedings in *Proulx* were initiated by the Crown attorney, who was the defendant in the civil case, *Proulx v. Québec (Procureur général)*. As well, [TRANSLATION] "the [criminal] proceedings . . . terminated in favour of the plaintiff" (p. 421): in *R. v. Proulx*, the Quebec Court of Appeal acquitted the appellant, Benoît Proulx. On the other hand, the last two criteria call for a more in-depth and detailed examination of the facts.

déclaration de culpabilité à l'égard d'un accusé; qu'il existe des cas où il est possible d'affirmer que, de façon encore plus fiable que la preuve directe, les circonstances mènent inexorablement à la culpabilité; que la preuve directe est tributaire du lot quotidien de dangers associés à une reconnaissance imparfaite ou à un souvenir inexact, ou aux deux. La preuve circonstancielle s'échafaude pièce par pièce jusqu'à ce que la structure finale de la preuve se referme complètement sur le prisonnier qui ne peut y échapper. Il peut manquer à cette structure une pièce ici et là, et certaines imperfections peuvent être discernées, mais la preuve qui se resserre sur l'accusé doit, dans l'ensemble, être continue et cohérente.

Voir également : *R. c. Kaysaywaysemat* (1992), 10 C.R. (4th) 317 (C.A. Sask.). La preuve circonstancielle peut donc établir que l'accusé est l'auteur du crime : *R. c. Bowles* (1985), 21 C.C.C. (3d) 540 (C.A. Alb.); *Genest c. La Reine*, [1990] R.J.Q. 2387 (C.A.). La conduite postérieure au crime de l'accusé peut ainsi constituer une preuve circonstancielle de culpabilité : *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109.

Au cœur de l'application de ce régime de responsabilité se situe la décision de poursuivre du substitut, qu'il convient d'apprécier eu égard à la situation de fait et à l'ensemble des informations dont il disposait au moment où il autorisa l'accusation de meurtre, soit le 20 mars 1991.

J'examinerai les quatre critères de l'arrêt *Nelles* tour à tour à la lumière des éléments de preuve à partir desquels le substitut fut d'avis qu'il était justifié d'autoriser la dénonciation.

(b) *La poursuite criminelle et l'acquiescement*

Les deux premiers critères sont ici aisément satisfaits. En effet, les procédures pénales ont été engagées, dans l'affaire *Proulx*, par le substitut, défendeur dans la cause civile *Proulx c. Québec (Procureur général)*. De plus, « le tribunal [pénal] a rendu une décision favorable au demandeur » (p. 421) : la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Proulx c. La Reine*, a acquitté l'appellant Benoît Proulx. Les deux derniers critères, en revanche, nécessitent une étude plus approfondie et détaillée des faits.

(c) *Reasonable and Probable Grounds*

LeBel J.A. stated the principles that must serve as guidelines in analysing this component of the extra-contractual civil liability for malicious prosecution in public law, which are not in dispute here (at p. 415):

[TRANSLATION] At the outset, at this critical stage of the criminal process, authorization for laying the information, objectivity and a cold and measured assessment of whether there is reasonable and probable cause are essential to the proper performance of the prosecutor's functions. The prosecutor's decision may not be based on any personal conviction of guilt. The prosecutor must retain a degree of detachment from the case, in order to evaluate all of the evidence available, as well as the impact of the rules found in the case law and the legislation regarding the admissibility of that evidence at trial, so that it can be determined whether it is objectively reasonable and in conformity with the law to initiate a prosecution. The prosecutor must not assume the role of the judge and conduct the trial in his or her head. However, the decision to authorize the charge must be based on objectively verifiable factors and on the probable state of the law. The ultimate objective must not be to obtain a conviction at any cost. When it seems risky, at best, that a conviction could be obtained, based on an analysis of the case done with the essential professional detachment, setting a criminal proceeding in motion would violate some of the fundamental objectives and principles of the criminal justice system. That system does not allow the legal security and reputation of an individual, who is fundamentally protected by the presumption of innocence, to be jeopardized, unless there are sufficient grounds, which have been characterized as reasonable and probable both by judicial practice and by the directives governing the conduct of Crown attorneys.

Were there in fact no reasonable and probable grounds to charge the appellant when the charge of first degree murder was laid?

There are two important elements that would suggest, *prima facie*, that there were sufficient grounds. First, the judge who presided at the preliminary inquiry concluded that there were reasonable and probable grounds for committing the appellant for trial. Second, the trial judge found that there was sufficient evidence, since he did not direct a verdict of acquittal and the jury returned a guilty verdict. A more in-depth analysis is however necessary.

(c) *Les motifs raisonnables et probables*

Le juge LeBel énonce les principes, non contestés, qui doivent servir de guides dans l'analyse de cette composante de la responsabilité civile extra-contractuelle de droit public pour poursuites criminelles abusives (à la p. 415) :

Au départ, à cette étape critique du processus pénal qu'est l'autorisation de la dénonciation, l'objectivité et l'appréciation froide et mesurée de l'existence des causes raisonnables et probables sont indispensables au bon exercice des fonctions du substitut. La décision de celui-ci ne peut reposer sur l'intime conviction d'une culpabilité. Il faut que le substitut conserve un certain détachement à l'égard de l'affaire pour évaluer l'ensemble des éléments de preuve disponibles, comme l'impact des règles jurisprudentielles et législatives relatives à leur admissibilité au procès, afin de déterminer s'il est objectivement raisonnable et conforme au droit d'engager une poursuite. Il n'a pas à se substituer au juge et à faire mentalement le procès. Cependant, la décision d'autoriser l'accusation doit reposer sur des facteurs objectivement vérifiables et sur l'état probable du droit. L'objectif ultime ne doit pas être d'obtenir une condamnation à tout prix. Lorsque l'obtention d'une condamnation paraîtrait au mieux aléatoire, après une analyse du dossier menée avec le détachement professionnel indispensable, le déclenchement d'une procédure pénale violerait certains des objectifs et des principes fondamentaux du système de justice pénale. Celui-ci ne permet de mettre en péril la sécurité juridique et la réputation d'un citoyen, protégé en principe par la présomption d'innocence, que lorsque existent des motifs suffisants, qualifiés de raisonnables et probables tant par la pratique judiciaire que par les directives gouvernant la conduite des procureurs de la Couronne.

Y avait-il en fait absence de causes raisonnables et probables pour inculper l'appellant lorsque l'accusation de meurtre au premier degré fut déposée?

Deux éléments importants porteraient à conclure *prima facie* à l'existence de motifs suffisants. Premièrement, le juge président l'enquête préliminaire a conclu à l'existence de motifs raisonnables et probables pour le renvoi de l'appellant à son procès. En second lieu, le juge du procès a retenu des éléments de preuve suffisants puisqu'il n'a pas ordonné un verdict dirigé d'acquiescement et le jury a retourné un verdict de culpabilité. Une analyse plus poussée me paraît cependant nécessaire.

147 On March 20, 1991, when he authorized the murder charge, did the Crown attorney have “an honest belief in the guilt of the accused based upon a full conviction, founded upon reasonable grounds, of the existence of a state of circumstances, which, assuming them to be true, would reasonably lead any ordinarily prudent and cautious [person], placed in the position of the accuser, to the conclusion that the person charged was probably guilty of the crime imputed”? (*Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, at p. 171, Hawkins J., quoted by Lamer J. in *Nelles*, at p. 193).

(i) Appellant’s Argument

148 The appellant submitted, first, that it was impossible to establish beyond a reasonable doubt that he had left his work station, had met the victim on the evening of the murder, owned a firearm, had had a quarrel with the victim a few days before the murder or knew important details about the victim before the police revealed them.

149 The appellant also contended that in its judgment of acquittal in 1992, the Court of Appeal was of the opinion that the Crown attorney’s evidence was based solely on suspicion and supposition, fed by the prior relationship between the appellant and the victim, and the discovery of a polythene bag at the crime scene that was similar to those used by the appellant’s employer.

(ii) Respondent’s Argument

150 The respondent contends that the circumstantial evidence available to the Crown attorney at the time he laid the charges attests to the existence of reasonable and probable grounds for initiating a prosecution. That evidence related to: a motive, as per the conversation between the victim’s father and the appellant; the knowledge of the circumstances of the crime evidenced by the content of the news item written and read on air by the appellant on the evening of the murder, which contained information not available at the time it was written; the guilty conscience on the appellant’s part on the evening of the murder described by the witnesses Tanguay

Le 20 mars 1991, lorsqu’il autorise l’accusation de meurtre, le substitut avait-il [TRADUCTION] « la croyance de bonne foi en la culpabilité de l’accusé, basée sur la certitude, elle-même fondée sur des motifs raisonnables, de l’existence d’un état de faits qui, en supposant qu’ils soient exacts, porterait raisonnablement tout[e] [personne] normalement avisé[e] et prudent[e], à la place de l’accusateur, à croire que la personne inculpée était probablement coupable du crime en question »? (*Hicks c. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, p. 171, le juge Hawkins, cité par le juge Lamer dans l’arrêt *Nelles*, précité, p. 193).

(i) Prétentions de l’appelant

Dans un premier temps, l’appelant soutient qu’il était impossible d’établir hors de tout doute raisonnable qu’il avait quitté son poste de travail, avait rencontré la victime le soir du meurtre, possédait une arme à feu, avait eu une querelle avec la victime quelques jours avant le meurtre ou connaissait des détails importants sur la victime avant que la police ne les ait révélés.

L’appelant prétend aussi que, dans son jugement d’acquittal en 1992, la Cour d’appel a été d’avis que la preuve du substitut ne reposait que sur des soupçons et des hypothèses, nourris par une relation antérieure de l’appelant et de la victime, et la découverte sur les lieux du crime d’un sac de polythène semblable à ceux utilisés par l’employeur de l’appelant.

(ii) Prétentions de l’intimé

L’intimé prétend que les éléments de preuve circonstancielle dont disposait le substitut au moment de porter les accusations témoignent de l’existence de motifs raisonnables et probables d’intenter une poursuite. Ces éléments sont : l’existence d’un mobile révélé par la conversation entre le père de la victime et l’appelant, la connaissance des circonstances du crime attestée par le contenu de la nouvelle rédigée et lue en ondes par l’appelant le soir du meurtre, laquelle contenait des informations qui n’étaient pas disponibles au moment de sa rédaction, la présence d’une conscience coupable décelée chez l’appelant par les témoins Tanguay et Laberge

and Laberge; the real opportunity to commit the crime, on account of the appellant's schedule and the proximity to his place of work which gave him the necessary latitude; and the presence of evidence relating to the means used to commit the crime, such as the polythene bag found at the scene of the crime and some knowledge of how to handle a 12 calibre rifle.

(iii) Analysis

The role of the Attorney General is not that of the judge, nor to be objectively satisfied, beyond a reasonable doubt, of the guilt of an accused, or even to ensure, in that respect, that the evidence he or she has will necessarily be sufficient to guarantee a guilty verdict. His or her role is limited to determining whether it is objectively reasonable, and in conformity with the law, to initiate a prosecution. In subjective terms, when the prosecutor exercises his or her discretion and lays a charge against an individual, he or she must believe in good faith in the guilt of the accused, and that certainty must be based on reasonable and probable grounds. While it is up to the prosecutor, where the evidence is circumstantial, to establish beyond a reasonable doubt that all of the facts, when considered in their entirety, lead logically to a conclusion of guilt or of exclusive opportunity, to the exclusion of any other logical solution (*Truscott, supra*, at pp. 383-84, *per Hall J.*, and *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at pp. 187-89), that burden of proof is applicable only at the criminal trial.

On the question of the objective analysis of the reasonableness of that belief, it must be determined whether a prudent and cautious person would have believed that the appellant was probably guilty of the crime. In applying that test, however, one must not forget the circumstances of the case, i.e. that the charges were laid on the basis of entirely circumstantial evidence to establish the identity of the author of the crime, given that the police investigation into the murder of France Alain had not led to the discovery of any eyewitness. In that perspective, we need to examine both the content of the information available to the Crown attorney in 1986 and the events that occurred in 1991.

le soir du meurtre; la possibilité réelle de commettre le crime attribuable au fait que l'horaire de l'appelant et la proximité de son lieu de travail lui donnaient la latitude voulue ainsi que la présence d'éléments relatifs aux moyens mis en œuvre pour commettre le crime, tels le sac de polythène trouvé sur les lieux du crime et une certaine connaissance du maniement d'un fusil de calibre 12.

(iii) Analyse

Le rôle du procureur général n'est pas de se substituer au juge et d'être objectivement convaincu, hors de tout doute raisonnable, de la culpabilité d'un accusé ni même de s'assurer, à cet égard, que la preuve qu'il détient suffira nécessairement à garantir un verdict de culpabilité. Son rôle se limite à déterminer s'il est objectivement raisonnable et conforme au droit d'engager une poursuite. Au plan subjectif, lorsque le substitut exerce son pouvoir discrétionnaire et porte une accusation contre un individu, il doit croire de bonne foi en la culpabilité de l'accusé; cette certitude doit être basée sur des motifs raisonnables et probables. S'il appartient au ministère public, en présence d'une preuve circonstancielle, d'établir hors de tout doute raisonnable que tous les faits considérés dans leur ensemble conduisent logiquement à une conclusion de culpabilité ou d'occasion exclusive, à l'exclusion de toute autre solution logique (le juge Hall dans *Truscott*, précité, p. 383-384, et *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 187-189), ce fardeau de preuve n'est applicable que lors du procès criminel.

Quant à l'analyse objective du caractère raisonnable de cette croyance, il faut déterminer si une personne prudente et diligente en viendrait à croire, de façon probable, l'appelant coupable du crime. Dans l'application d'un tel critère, on ne doit cependant pas oublier les circonstances propres à l'affaire, soit le fait que les accusations aient été portées sur la base d'une preuve entièrement circonstancielle pour établir l'identité de l'auteur du crime, l'enquête policière concernant le meurtre de France Alain n'ayant permis de découvrir aucun témoin oculaire. Il convient alors d'examiner à la fois le contenu des informations dont le substitut disposait en 1986 et les éléments survenus en 1991.

151

152

153

In 1986, the Crown attorney reviewed the coroner's report of the inquiry into the circumstances of the death of France Alain. In the course of that inquest, the coroner had summoned a number of witnesses, including the appellant. Although it could not be established with certainty that the appellant had met France Alain on the evening of October 25, 1982, the inquest nonetheless brought to light evidence incriminating the appellant, in particular the following:

- (1) Shortly before the murder, the appellant had been going out with the victim, France Alain.
- (2) They broke up three weeks before the evening of the murder.
- (3) Between the date when they broke up and the date of the murder, the appellant went to a party where France Alain was present. One person who was at the party said that he had witnessed friction between the appellant and France Alain.
- (4) The appellant admitted that between the time when they broke up and the time of the murder, he hung around in the immediate vicinity of the victim's home to see whether lights were on in her apartment.
- (5) The day before the murder, the victim tried to call the appellant. However, the appellant denied that he had returned France Alain's call.
- (6) The evening of the murder, the appellant was working between 4:00 p.m. and midnight at the radio station CHRC, which was located in premises near the place where the crime was committed.
- (7) France Alain was killed between 7:30 and 7:46 p.m. The investigating police officers determined that it took barely 13 minutes for a person to leave station CHRC, go by foot to the scene of the murder and come back, taking the longest route. The time needed to travel the same route by car is obviously shorter. The appellant had to be at the station for the 8:00 p.m. news broadcast; he therefore had sufficient time to make that return trip.
- (8) The appellant admitted that he had left work in the past to run errands.
- (9) When interviewed by the investigating police officers the day after the murder, the appellant was unable to confirm whether he had been away from his place of work the day before.
- (10) A green polythene bag, part of which had been torn away, was discovered near the scene of the crime, the

En 1986, le substitut prend connaissance du rapport du coroner ayant enquêté sur les circonstances de la mort de France Alain. Au cours de cette enquête, le coroner avait assigné de nombreux témoins, dont l'appellant. Bien que ne pouvant établir avec certitude que l'appellant avait rencontré France Alain le soir du 25 octobre 1982, cette enquête révélait néanmoins plusieurs éléments de preuve qui incriminaient l'appellant, notamment :

- (1) Peu de temps avant le meurtre, l'appellant fréquentait la victime France Alain.
- (2) Une rupture est intervenue trois semaines avant le soir du meurtre.
- (3) Entre la date de la rupture et celle du meurtre, l'appellant a participé à une soirée où France Alain était présente. Un participant à cette soirée dira avoir été témoin de frictions entre l'appellant et France Alain.
- (4) L'appellant a admis, qu'entre le moment de la rupture et celui du meurtre, il était venu rôder dans le voisinage immédiat de la résidence de la victime afin de vérifier s'il y avait de la lumière dans son appartement.
- (5) La veille du meurtre, la victime a tenté de joindre l'appellant. L'appellant niera cependant avoir retourné l'appel de France Alain.
- (6) Le soir du meurtre, l'appellant travaillait entre 16 h et 24 h à la station radiophonique CHRC dont les locaux étaient situés à proximité du lieu où le crime a été commis.
- (7) France Alain a été abattue entre 19 h 30 et 19 h 46. Les policiers enquêteurs ont évalué qu'il ne fallait guère plus de 13 minutes à une personne pour quitter la station CHRC, se rendre à pied au lieu du meurtre et en revenir en empruntant le chemin le plus long. Le temps requis pour effectuer le même trajet en voiture est évidemment plus court. L'appellant se devait d'être présent à la station pour la diffusion du bulletin d'information de 20 h; il disposait donc du temps nécessaire pour effectuer cet aller-retour.
- (8) L'appellant a admis s'être déjà absenté de son travail pour faire des courses.
- (9) Rencontré le lendemain du meurtre par les policiers enquêteurs, l'appellant n'a pas été en mesure de confirmer si, la veille, il s'était absenté de son lieu de travail.
- (10) Un sac de polythène, dont une partie avait été déchiquetée, a été découvert à proximité des lieux du

same industrial type of bag in regular use on the CHRC premises. A ballistic examination subsequently showed that the tear was consistent with the tear caused on a specimen bag by firing a 12 calibre rifle.

(11) The appellant had always maintained that he knew nothing about firearms. Nonetheless, he told the investigating police officers that it would have been easy for the murderer to dismantle his rifle in order to conceal it better. The appellant said that he had seen his brother dismantle a 12 calibre rifle in the past. The brother himself denied that he had ever owned a 12 calibre rifle, until he was confronted with the appellant's statement.

(12) At about 9:00 p.m. on the evening of the murder, the appellant contacted the journalist Gilles Laberge to assign him to gather additional information relating to the murder that had just been committed near CHRC. He told Mr. Laberge that he was afraid that the victim was a [TRANSLATION] "girlfriend" who lived in the neighbourhood. Gilles Laberge nonetheless assured the appellant that it was impossible to obtain any information from the Sainte-Foy municipal police from which the identity of the victim could be determined nor to learn anything more about the circumstances of her death.

(13) The appellant stated that he had known about certain details relating to the murder as a result of an anonymous call received at about 9:30 on the evening of the murder. He wrote a news bulletin that he read on air at 10:00 p.m., and again at 11:00 p.m., which caught the attention of the investigating police officers. What was noteworthy about the bulletin was that it gave the exact age of the victim, 21, and the precise location where the victim's body was found, an [TRANSLATION] "embankment", when the only ones in a position to know these details were the police and the witnesses who had made the grim discovery. The victim had in fact not remained for long at the scene of the crime: the number of people who had seen the victim in the position in which she was found was therefore small. According to the coroner's inquest, the bulletin exhibited a degree of prior knowledge of the circumstances of the crime on the part of the appellant, at a time when that kind of information was not available.

(14) Another of the appellant's colleagues, Jean-Pierre Tanguay, was at CHRC on the evening of the murder. His work consisted of operating the console for broadcasting radio programs. He testified that the appellant told him that he had had [TRANSLATION] "some very bad luck", that "his girlfriend" . . . "had got or had just got shot". The witness asked the appellant whether he

crime. Le même genre de sac, de type industriel, était d'usage courant dans les locaux de CHRC. Une expertise balistique révélera ultérieurement que cette déchirure était compatible avec la déchirure provoquée sur un sac témoin par la déflagration d'un fusil de calibre 12.

(11) L'appelant avait toujours soutenu ne rien connaître aux armes à feu. Il avait quand même mentionné aux policiers enquêteurs qu'il aurait été facile, pour le meurtrier, de démonter son fusil pour mieux le dissimuler. L'appelant a affirmé avoir déjà aperçu son frère démonter un fusil de calibre 12. Or ce dernier a, pour sa part, nié avoir jamais possédé une arme de calibre 12 jusqu'à ce qu'il soit confronté à la déclaration de l'appelant.

(12) Le soir du meurtre, vers 21 h, l'appelant contacte le journaliste Gilles Laberge pour charger celui-ci de recueillir de l'information supplémentaire relativement au meurtre qui venait d'être commis près de la station CHRC. Il confie à ce dernier sa crainte que la victime ne soit une « chum de fille » résidant dans le secteur. Gilles Laberge confirmera néanmoins à l'appelant l'impossibilité d'obtenir de la Sûreté municipale de Sainte-Foy quelque indice permettant de révéler l'identité de la victime ou d'en savoir davantage sur les circonstances de son décès.

(13) L'appelant déclara avoir eu connaissance de certains détails relatifs au meurtre à la suite d'un appel anonyme reçu vers 21 h 30 le soir du meurtre. Il rédigea un bulletin de nouvelles qu'il lut en ondes à 22 h, puis à 23 h, lequel avait retenu l'attention des policiers enquêteurs. En effet, ce bulletin avait ceci de particulier qu'il précisait l'âge exact de la victime, soit 21 ans, de même que l'endroit précis où le corps de celle-ci a été trouvé, soit un « talus », alors que seuls les policiers et les témoins ayant fait la macabre découverte de la victime étaient en mesure de connaître ces détails. En effet, la victime n'est pas restée longtemps sur la scène du crime : le nombre de personnes ayant aperçu la victime dans la position où elle a été trouvée était donc restreint. Selon l'enquête du coroner, le bulletin atteste d'une certaine connaissance préalable, chez l'appelant, des circonstances du crime, à un moment où de telles informations n'étaient pas disponibles.

(14) Un autre collègue de l'appelant, monsieur Jean-Pierre Tanguay, est présent à CHRC le soir du meurtre. Son travail consiste à s'occuper de la console pour la diffusion des émissions radiophoniques. Il a témoigné à l'effet que l'appelant lui a dit qu'il lui arrivait « toute une tuile », que « sa chum de fille » [. . .] « s'était fait ou venait de se faire tirer ». Ce témoin a demandé à

had details and whether he knew what had happened. The appellant replied, [TRANSLATION] "it happened in the street and there are no other details". At this precise time, this was the very first time that Tanguay had heard anything about the murder of France Alain. The appellant read a news bulletin at 10:00 p.m. concerning the murder of a girl whose body had been found in Sainte-Foy. The next day, the murder of France Alain made the headlines of most of the media in Quebec.

(15) At about 11:15 on the evening of the murder, the appellant got a call from André Hébert, to whom he offered a lift back to Montmagny. The appellant took the usual route, chemin Sainte-Foy, although his attention was drawn by the light from the revolving flashers indicating the police presence at the scene of the crime. The appellant told his passenger that he was afraid it was [TRANSLATION] "one of his friends who lives in the neighbourhood".

(16) In the days following the murder, the appellant tried to obtain details concerning the circumstances of France Alain's death. He again approached the witness Mr. Laberge in an effort to obtain information about France Alain's last moments. He specifically wanted to know whether she had suffered, whether she had said something before dying. He even requested a copy of the autopsy report.

(17) On May 30, 1983, seven months after the tragedy, the appellant visited the victim's father, Fernand Alain, and took part in a conversation that was recorded with the written consent of Mr. Alain, but without the appellant's knowledge. The appellant had a strange conversation concerning the profile of France Alain's murderer. Using the third person singular to refer to the murderer, the appellant said on that occasion that "he" had big problems, that "he" wanted to force France Alain to do certain things, that "he" had decided that she would not belong to anyone else, that "he" had acted impulsively and that "he" believed it was an accident so that he could avoid feeling guilty. The appellant added that the murderer was travelling on foot, that "he" had stayed near the scene of the crime and that "he" had had to conceal the firearm in a garbage bag in order to avoid being seen. In the course of that meeting, Fernand Alain gave the appellant a photo of the woman who the appellant had once said could have become his woman for life. The appellant could not recall that meeting until confronted with the tape recording at the coroner's inquest.

l'appelant s'il avait des détails et s'il savait ce qui était arrivé. L'appelant lui a rétorqué: « ça s'est passé dans la rue et il n'y a pas plus de détails ». À ce moment précis, c'est la toute première fois que Tanguay entend parler du meurtre commis sur la personne de France Alain. Or, il met en ondes, à compter de 22 h, un bulletin de nouvelles concernant le meurtre d'une jeune fille dont le corps a été retrouvé à Sainte-Foy. Dès le lendemain, le meurtre de France Alain défraie la manchette dans la plupart des médias du Québec.

(15) Vers 23 h 15, le soir du meurtre, l'appelant est rejoint par André Hébert, à qui il a offert une occasion de retour à Montmagny. L'appelant emprunte le trajet habituel, soit le chemin Sainte-Foy, bien que son attention soit attirée par la lumière des gyrophares qui indiquent la présence des policiers sur les lieux du crime. L'appelant fait part à son passager de sa crainte que ce ne soit « une de ses amies qui demeure dans le coin ».

(16) Dans les jours qui ont suivi le meurtre, l'appelant cherche à obtenir des détails concernant les circonstances de la mort de France Alain. En effet, il s'adressera à nouveau au témoin Laberge dans le but d'obtenir des informations sur les derniers moments de France Alain. Il veut notamment savoir si celle-ci a souffert, si elle a dit quelque chose avant de mourir. Il requiert même une copie du rapport d'autopsie.

(17) Sept mois après le drame, le 30 mai 1983, l'appelant rend visite au père de la victime, monsieur Fernand Alain, et prend part à une conversation enregistrée avec le consentement écrit de monsieur Alain, mais à l'insu de l'appelant. Ce dernier tient d'étranges propos relativement au profil du meurtrier de France Alain. Empruntant la troisième personne du singulier pour désigner le meurtrier, l'appelant affirme alors qu'« il » avait de gros problèmes, qu'« il » voulait forcer France Alain à faire certaines choses, qu'« il » avait décidé qu'elle n'appartiendrait à personne d'autre, qu'« il » a agi impulsivement et qu'« il » a cru à un accident de façon à se disculper intérieurement. L'appelant ajoute que le meurtrier se déplaçait à pied, qu'« il » demeurait à proximité du lieu du crime et qu'« il » lui avait fallu dissimuler l'arme du crime dans un sac à poubelle afin d'éviter d'être vu. Au cours de cette rencontre, monsieur Fernand Alain remet à l'appelant une photo de celle dont ce dernier a déjà dit qu'elle aurait pu devenir la femme de sa vie. L'appelant dira ne pas avoir de souvenir de cette rencontre avant d'être confronté à l'enregistrement lors de l'enquête du coroner.

After the preliminary inquiry, other evidence surfaced which confirmed earlier testimony as to the

Après l'enquête préliminaire, d'autres éléments de preuve sont venus confirmer les témoignages

appellant's behaviour on the evening of the crime, among them the following:

(1) The witness Christian Thibault, a freelance journalist who was working for CHRC at the time of the murder, said he was at the radio station a few minutes after the murder took place, and placed the time at about 8:15 p.m. He recounted finding the appellant there in a state of extreme tension bordering on panic. When Thibault questioned him about the source of this anxiety, the appellant answered that a girl had just been [TRANSLATION] "shot" a few blocks from the station and he was trying to get details. Mr. Thibault was so surprised at the appellant's attitude and behaviour that when he got home, he told his companion who confirmed the conversation in 1982. He also discussed this event with a friend who also confirmed that fact.

(2) Another witness, Suzanne Montminy, stated that she had known the appellant since 1979 and added that during 1983 she had travelled from Québec to Montmagny several times in his company. During one of those trips, the appellant told Ms. Montminy that a sixtyish man had been seen near the scene of the crime, shortly after the murder. However, the police investigators were not informed of the existence of such a sixtyish witness before 1991. This information could not have come from police sources.

At this stage, even though the investigation was not complete, as is often the case and as the evidence I have described indicates, there was a set of facts from which it was possible, if they were admissible and believed, to establish the appellant's behaviour toward the victim before the murder. This supplied a motive, and also the opportunity for the appellant to commit the crime, given his proximity to the scene of the crime and the possibility that he could have been away from his place of work at the time of the crime, as was the presence of an object on the scene of the crime that could be connected to the appellant's place of work.

The tape recording of the statement that the appellant gave to the police, which was ruled inadmissible at trial, and the tape recording of the appellant's conversation with the father of the victim, which was ruled admissible at the trial, were admissible at the civil trial, as was acknowledged by LeBel J.A. (p. 428), with whom his two col-

antérieurs quant au comportement de l'appellant le soir du crime, dont ceux-ci :

(1) Le témoin Christian Thibault, journaliste pigiste à l'emploi de CHRC à l'époque du meurtre, affirme s'être présenté à la station radiophonique quelques minutes après la survenance du meurtre, à une heure qu'il situe vers 20 h 15. Il raconte y avoir trouvé l'appellant dans un état de tension extrême frisant la panique. Interrogé par Thibault sur l'origine de cet émoi, l'appellant lui répond qu'une fille vient de se faire « tirer » à quelques rues de la station et qu'il tente d'avoir des détails. Le témoin Thibault est à ce point étonné de l'attitude et du comportement de l'appellant que dès son retour chez lui, il en parle à sa compagne de vie qui confirme avoir eu cet échange en 1982. Il discute également de cet événement avec un ami qui lui aussi confirme le fait.

(2) Un autre témoin, Suzanne Montminy, déclare connaître l'appellant depuis 1979 et ajoute qu'au cours de l'année 1983 elle a voyagé à plusieurs reprises de Québec à Montmagny en compagnie de celui-ci. Au cours de l'un de ces voyages, l'appellant affirme au témoin Montminy qu'un sexagénaire a été aperçu près des lieux du crime, peu de temps après le meurtre. Or, les policiers enquêteurs ne sont pas informés de l'existence d'un tel témoin sexagénaire avant 1991. Cette information ne pouvait pas provenir des milieux policiers.

À ce stade, même si l'enquête n'était pas terminée, comme c'est souvent le cas et comme le démontrent les éléments de preuve dont je viens de faire état, il existait un faisceau de faits susceptibles d'établir, si admissibles et crus, le comportement de l'appellant envers la victime avant le meurtre. Ceci fournissait un mobile, de même que l'opportunité pour l'appellant de commettre le crime, vu la proximité des lieux du crime et l'absence possible des lieux du travail à l'heure du crime, de même que la présence d'un objet sur les lieux du crime qui pouvait être rattaché au lieu de travail de l'appellant.

L'enregistrement de la déposition donnée à la police par l'appellant, déclarée inadmissible au procès, et l'enregistrement de la conversation de l'appellant avec le père de la victime, déclarée admissible au procès, étaient admissibles au procès civil comme l'a reconnu le juge LeBel (à la p. 428) avec lequel ses deux collègues furent d'ac-

155

156

leagues agreed on this point, and, as Beauregard J.A. pointed out (at p. 435), [TRANSLATION] “[w]hile this evidence was inadmissible at the criminal trial, it was entirely relevant in examining the conduct of the prosecutor”.

cord sur ce point et, comme le souligne le juge Beauregard (à la p. 435) « [s]i ces éléments de preuve étaient irrecevables pour l’instruction du procès pénal, ils étaient tout à fait pertinents pour examiner la conduite du substitut. »

157 LeBel J.A. placed great weight on these tape recordings in his analysis of the conduct of the Crown attorney. However, the conversation between the victim’s father and the appellant, which he described as [TRANSLATION] “veiled admissions”, was, at the time it was recorded in 1983, admissible in evidence, since *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, were not decided until later.

Le juge LeBel accorde une grande importance à ces enregistrements dans son analyse de la conduite du substitut. Mais la conversation entre le père de la victime et l’appelant, qu’on a qualifiée « d’aveux cachés », était, à l’époque où elle fut enregistrée, en 1983, admissible en preuve, les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, n’ayant été rendus que subséquemment.

158 In *Duarte*, which is of particular interest here, the Court held that evidence obtained by the police both without the knowledge and against the will of an accused to be inadmissible under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. At the time when the conversation with France Alain’s father was recorded, in 1983, however, there was no reason to believe that recording it was illegal and that evidence of the content of the recording was inadmissible.

Dans *Duarte*, qui nous intéresse particulièrement ici, la Cour a jugé inadmissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* une preuve obtenue par des autorités policières à la fois dans l’ignorance et contre le gré du prévenu. Au moment où cette conversation avec le père de France Alain fut enregistrée, en 1983, on n’avait, toutefois, aucune raison de croire que cet enregistrement était illégal et la preuve de son contenu inadmissible.

159 As well, at the time the prosecution was initiated, the tape recording of that conversation would likely have been ruled admissible at trial, as it in fact was, having regard to the case law at that time, as we shall see later.

De même, à l’époque où la poursuite a été engagée, l’enregistrement de cette conversation était susceptible d’être déclaré admissible au procès, comme il l’a d’ailleurs été, compte tenu de la jurisprudence à l’époque comme on le verra plus loin.

160 None of the facts disclosed by the investigation at that time, taken in isolation, was sufficient to establish the guilt of the accused. The question, however, is whether that evidence, when added up and taken in its entirety, could reasonably justify a finding of guilt under the test that applies to circumstantial evidence, which I set out earlier.

Chacun des faits que révélait l’enquête à cette époque, pris isolément, ne permettait pas de conclure nécessairement à la culpabilité d’un accusé. La question qui se pose consiste, cependant, à établir si ces éléments, ajoutés les uns aux autres et pris dans leur ensemble pouvaient raisonnablement justifier qu’un accusé soit déclaré coupable, selon le critère qui prévaut en matière de preuve circonstancielle, que j’ai reproduit plus haut.

161 Clearly there was one essential element missing from this set of facts: the presence of the appellant at or near the scene at the time of the crime. With that evidence, however, the other elements would be

Il est clair qu’il manquait un jalon essentiel dans cet ensemble de faits, soit de situer l’appelant sur ou à proximité des lieux à l’heure du crime. Avec cette preuve, un tout autre éclairage était jeté

viewed in a completely different light. Aware of that missing element, the Crown attorney was of the opinion that he did not have sufficient evidence to justify laying the charge, although in his view, the evidence against the appellant was overwhelming, as he testified at the civil trial: [TRANSLATION] “[T]he evidence at that time . . . was overwhelming against, of course, one witness — we often used the expression ‘the principal witness’, and that is your client, Mr. Proulx — it was overwhelming, but not sufficient, of course, to authorize laying the charge.”

After the coroner’s inquest in 1986, and until the witness Paquet came forward, in 1991, no charge was laid. Mr. Paquet triggered the reopening of France Alain’s case. In his testimony, the Crown attorney indicated that the insufficiency of the evidence available in 1986 was attributable to the difficulty in establishing that the appellant had been away from his place of work on the evening of the murder and that he was present at the scene of the crime at the time it was committed. The Crown attorney testified that, far from laying a charge solely on the basis of that new witness, in 1991 he reconsidered all of the already existing evidence:

[TRANSLATION]

A. Listen, Mr. Corriveau, when the witness Paquet came forward, obviously that shed a whole new light on the France Alain case.

And I won’t conceal the fact that this meant that we opened up the whole case again and so, in a way, we did our homework over again.

We reassessed all of the testimony that had been heard, all of the documents that had been seized, and also all of . . . Mr. Paquet’s testimony, to determine whether we should consider, in a way, whether a charge could, in a way, be authorized.

Q. So, if I am to understand that it was the witness Paquet who . . . who, if we could say, influenced you to lay murder charges against my client?

A. No.

sur les autres faits. Conscient de cette lacune, le substitut a considéré qu’il n’avait pas d’éléments de preuve suffisants pour justifier une dénonciation, bien que, selon lui, les éléments de preuve étaient accablants à l’endroit de l’appelant, comme il l’a affirmé au procès civil : « [L]a preuve à cette époque [. . .] était accablante à l’endroit, bien sûr, d’un témoin — on a employé l’expression souvent : “Le témoin principal” qui est votre client, monsieur Proulx — elle était accablante, mais pas suffisante, bien sûr, pour autoriser une dénonciation. »

Après l’enquête du coroner de 1986, le substitut ne porte aucune accusation et ce, jusqu’à l’apparition du témoin Paquet, en 1991. Cette apparition est l’élément déclencheur permettant de rouvrir le dossier France Alain. Il ressort du témoignage du substitut que l’insuffisance de la preuve disponible en 1986 n’était attribuable qu’à la difficulté d’établir le fait que l’appelant s’était absenté de son lieu de travail le soir du meurtre, qu’il était présent sur les lieux du crime à l’heure où il fut commis. Loin de porter une accusation uniquement sur la base de ce nouveau témoignage, le substitut reconsidère, en 1991, l’ensemble de la preuve déjà existante.

R. Écoutez, maître Corriveau, l’arrivée du témoin Paquet a, évidemment, donné un éclairage tout à fait particulier au dossier France Alain.

Et je ne vous cache pas que, ça, a fait en sorte que nous avons remis tout le dossier en question et nous avons donc, quelque part, refait nos devoirs.

Nous avons réévalué l’ensemble des témoignages qui avaient été entendus, l’ensemble des documents qui avaient été saisis, l’ensemble, enfin, [. . .] du témoignage de monsieur Paquet, pour savoir si on devrait considérer, quelque part, si une plainte pourrait être, quelque part, autorisée.

Q. Alors, si je dois comprendre que c’est le témoin Paquet qui vous a . . . qui vous a, si on peut dire, influencé de porter des accusations de meurtre contre mon client?

R. Non.

Listen, to answer your question, Mr. Paquet was, I'm telling you, the trigger that led to reconsideration of the whole case.

To answer your question, there were no witnesses other than Mr. Paquet who prompted us to do our homework over, that's true. [Emphasis added.]

Écoutez, à votre question, le témoin Paquet a été, je vous dis, l'élément déclencheur pour reconsidérer l'ensemble du dossier.

Pour répondre à votre question, il n'y avait pas d'autres témoins que le témoin Paquet qui a fait en sorte que nous avons refait nos devoirs, c'est vrai. [Je souligne.]

163 Up to that point, the Crown attorney's conduct is not open to criticism. He was aware of his role, his responsibilities and the law, and he closed the file. In 1991, Mr. Paquet came forward spontaneously neither solicited nor earlier interviewed by the investigators or the Crown attorney. He would say that when the photograph of the appellant was published in a local newspaper, reporting on the action in damages brought by the appellant after he was acquitted by the Court of Appeal, he was struck by the eyes of an individual whom he described as a [TRANSLATION] "bearded man" whom he said he had met on the evening of the murder. He claimed to have spoken briefly with that person after his attention was drawn by a detonation while walking along chemin Sainte-Foy near the scene of the crime and at the time of day when it was committed, facts that he had earlier reported to police officers but on which there had been no follow-up.

Jusque-là, la conduite du substitut ne peut faire l'objet d'aucun reproche. Conscient de son rôle, de ses responsabilités et de la loi, il clôt le dossier. En 1991, M. Paquet se présente de lui-même spontanément, non sollicité, ni rencontré par les enquêteurs ou le substitut auparavant. Il dira qu'à l'occasion de la diffusion de la photo de l'appellant dans un journal local faisant état de l'action en dommages intentée par celui-ci à la suite de son acquittement par la Cour d'appel, il est frappé par les yeux d'un individu, qu'il qualifiera de « barbu » qu'il dit avoir rencontré le soir du meurtre. Il se serait brièvement entretenu avec cette personne après que son attention eut été attirée par une détonation alors qu'il se promenait sur le chemin Sainte-Foy à proximité des lieux du crime et à l'heure où il fut commis, faits dont il avait déjà fait mention aux policiers antérieurement mais auxquels il n'y avait pas eu de suite.

164 As noted earlier, Mr. Paquet contacted the radio station CHRC in 1991 and asked that his report be followed up, which Tardif, the investigator, did. After interviewing Paquet and recording his statement, the investigator took him to the scene of the crime and organized an identification session, at which he showed him a photograph and told him that it was that of the appellant. Looking solely at the eyes, Paquet said that these were the eyes of his "bearded man". When he examined the entire photograph, he corrected himself and said that it was not him. Tardif then informed the Sainte-Foy police about his contact with Mr. Paquet.

Tel que déjà mentionné, c'est en 1991 que M. Paquet communique avec la station de radio CHRC et leur demande de donner suite à sa démarche, ce que fait l'enquêteur Tardif. Ce dernier après avoir rencontré le témoin Paquet et avoir enregistré sa déclaration, lui fait visiter les lieux du crime et organise une séance d'identification au cours de laquelle l'enquêteur lui présente une photo en lui précisant qu'elle est celle de l'appellant. Fixant uniquement les yeux, Paquet affirme que ce sont les yeux de son « barbu ». Examinant la photo au complet, il se reprend et dira que ce n'est pas celui-ci. L'enquêteur Tardif informe alors la police de Sainte-Foy de ses contacts avec M. Paquet.

165 The Crown attorney was informed by his superiors that he would have to interview Paquet. He said that he took [TRANSLATION] "that event and that witness with a twenty-five-foot pole because, obviously, I had a lot of reservations".

Le substitut est informé par ses supérieurs qu'il devra rencontrer le témoin Paquet. Il dira qu'il a pris : « une perche de vingt-cinq (25) pieds, avec cet événement-là et avec ce témoin-là, parce que j'avais, évidemment, beaucoup de réserve ».

On March 11, 1991, Paquet, Tardif, the police investigator and the Crown attorney met at the prosecutor's office, where another informal identification session was held. At that meeting, Paquet was shown eight photographs of the appellant taken during a union demonstration on May 18, 1983. Mr. Paquet spontaneously identified one of the photographs and said that he recognized his "bearded man" on it.

The Crown attorney did not readily accept Mr. Paquet's version. To satisfy himself as to this witness's credibility and good faith, he ordered an investigation of Mr. Paquet himself, his family and friends, and so on. Three of the people questioned said that Mr. Paquet had indeed informed them of his encounter with a "bearded man" during the hours following the murder, and this was the basis of the belief that Paquet would be able to identify the appellant as the person whom he had met on the evening of the murder in the circumstances already described.

Armed with this missing piece of evidence from the 1986 investigation, the Crown attorney reevaluated the whole of the evidence and particularly the transcripts of the police interviews, the coroner's inquest report and Mr. Paquet's statement that he could identify the appellant. He was of the opinion that this evidence provided mutual corroboration and pointed inexorably to the appellant's guilt, and was likely to result in the conviction of the appellant. On March 20, 1991, after discussing it with his colleagues and superiors, he authorized the laying of a first degree murder charge against the appellant, relying on the circumstantial evidence revealed during the investigation and his conclusion that it constituted reasonable and probable grounds for laying the charge.

Having regard to the objective and subjective criteria for establishing reasonable and probable grounds which I described earlier, can it be said that, in the circumstances of the case, the evidence then in the Crown attorney's possession constituted reasonable and probable grounds for laying the charge in question?

Le 11 mars 1991, Paquet, Tardif, l'enquêteur de la police et le substitut se rencontrent au bureau de ce dernier où une autre séance d'identification informelle a lieu. Au cours de cette rencontre, on présente au témoin Paquet huit photos de l'appellant prises à l'occasion d'une manifestation syndicale, le 18 mai 1983. M. Paquet identifie spontanément l'une des photos en affirmant y reconnaître son « barbu ».

Le substitut n'accepte pas d'emblée de croire M. Paquet. Afin de s'assurer de la crédibilité et de la bonne foi de ce témoin, il ordonne une enquête sur M. Paquet lui-même, sur son entourage, ses amis, etc. Trois des personnes interrogées affirment qu'effectivement M. Paquet les a informées de sa rencontre avec un « barbu » dans les heures qui ont suivi le meurtre, d'où la croyance que le témoin Paquet pourra identifier l'appellant comme étant celui qu'il a rencontré le soir du meurtre dans les circonstances que l'on sait.

Fort de cette pièce manquante à l'enquête de 1986, le substitut réévalue l'ensemble des éléments de preuve déjà au dossier, notamment les transcriptions des interrogatoires de police, le rapport d'enquête du coroner et l'affirmation du témoin Paquet qu'il peut identifier l'appellant. Il est d'avis que ces éléments se corroborent mutuellement et pointent inéluctablement vers la culpabilité de l'appellant et sont susceptibles de mener à sa condamnation. Après discussion avec ses collègues et supérieurs, le 20 mars 1991 il autorise le dépôt d'une accusation de meurtre au premier degré contre l'appellant, s'appuyant sur les éléments de preuve circonstancielle qu'avait révélée l'enquête et sur sa conclusion qu'ils constituaient des motifs raisonnables et probables de porter l'accusation.

À la lumière des critères objectifs et subjectifs qui doivent servir à évaluer l'existence de motifs raisonnables et probables, dont j'ai fait état précédemment, peut-on dire que, dans les circonstances de l'affaire, les éléments de preuve que possédait alors le substitut constituaient des motifs raisonnables et probables pour déposer l'accusation en question?

166

167

168

169

170 With respect to the subjective element, from the record, it is apparent, in my opinion, that the Crown attorney had a sincere belief in the appellant's guilt. His decision was not taken lightly; the investigation was reopened, not by the Crown attorney of his own initiative, but only after Mr. Paquet spontaneously came forward. He appeared somewhat reluctant to reopen the case even after Mr. Paquet's discovery. There is nothing in the evidence that would lead me to believe that the Crown attorney had reason to believe that the appellant was innocent; quite the contrary: in his view, the evidence was overwhelming.

171 The objective element must be assessed from the time of the investigation and the state of the law at that time. At the outset, I do not share the opinion of the trial judge nor of LeBel J.A. that the case was based solely on suppositions and suspicion. First, where there is solely circumstantial evidence, the suppositions that are constructed are based on facts that are believed to be verifiable. Thus circumstantial evidence does not require an unassailable identification. As well, the facts that were uncovered by the investigation shed light on motive; knowledge of the circumstances of the crime; the accused's use of his time at the time of day when the crime was committed, that is, real opportunity to commit the crime; his knowledge of the use of a firearm; the fact that the weapon was carried in a polythene bag, *i.e.* means to commit the crime; his behaviour before and after the murder, that is, presence of a guilty conscience; the contradictions when he was questioned; the conversation with the victim's father; and so on — all factors which, taken together, could, if believed, constitute the basis of a circumstantial evidence case. (See on this point *R. v. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37 (Ont. C.A.); *R. v. Riddick* (1980), 57 C.C.C. (2d) 421 (Ont. C.A.).) I, therefore, reject this aspect of the analysis of LeBel J.A., who, in my view, has declined to give full weight at the outset to this set of facts.

172 On this point, the two pieces of evidence that raised questions dealt with the tape recording of the appellant's conversation with the victim's father

Quant à l'élément subjectif, la lecture du dossier révèle, à mon avis, une croyance sincère de la part du substitut en la culpabilité de l'appelant. Sa décision n'a pas été prise à la légère; l'enquête a été reprise, non pas par le substitut de son propre chef, mais uniquement après l'apparition spontanée du témoin Paquet. C'est même avec une certaine hésitation qu'il a repris le dossier après l'apparition du témoin Paquet. Rien dans la preuve ne permet d'affirmer que le substitut avait raison de croire en l'innocence de l'appelant; bien au contraire, car, selon lui, la preuve était accablante.

En ce qui concerne l'élément objectif, il faut se reporter à l'époque où l'enquête s'est déroulée et à l'état du droit à ce moment-là. Je dis immédiatement que je ne partage pas l'avis du juge de première instance ni celui du juge LeBel à l'effet que le dossier était uniquement fondé sur des hypothèses et des soupçons. D'une part, devant une preuve uniquement circonstancielle, les hypothèses qu'on échafaude sont basées sur des faits qu'on croit vérifiables. Ainsi, une preuve circonstancielle n'exige pas une identification qui soit inattaquable. Par ailleurs, les faits révélés par l'enquête jetaient un éclairage sur le mobile, la connaissance des circonstances du crime, l'emploi du temps de l'accusé à l'heure du crime, *i.e.* la possibilité réelle de commettre le crime, sa connaissance de l'usage d'une arme à feu, le transport de l'arme dans un sac de polythène, *i.e.* des moyens de commettre le crime, son comportement avant et après le meurtre, *i.e.* la présence d'une conscience coupable, les contradictions lors de ses interrogatoires, la conversation avec le père de la victime, et ainsi de suite, tous des facteurs qui, pris dans leur ensemble, étaient susceptibles de constituer, si crus, la base d'une preuve circonstancielle. (Voir à cet égard *R. c. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37 (C.A. Ont.); *R. c. Riddick* (1980), 57 C.C.C. (2d) 421 (C.A. Ont.).) Je rejette donc cet aspect de l'analyse du juge LeBel qui me semble refuser d'accorder d'emblée toute valeur à cet ensemble de faits.

À cet égard, les deux éléments de preuve qui ont suscité des interrogations ont trait à l'enregistrement de la conversation de l'appelant avec le père

and the identification of the appellant by Mr. Paquet.

1. *The Tape Recording*

With respect to the tape recording of the conversation in question, I discussed earlier the state of the law at the time when that conversation was recorded; the tape recording was admissible at that time. According to the judgment of the Court of Appeal in the criminal case, that recording should have been ruled inadmissible at the trial under s. 24(2) of the *Charter*, pursuant to *Duarte, supra*.

Evidence obtained in violation of a provision of the *Charter* is not automatically excluded in our law. Exclusion is an exceptional measure, as Zuber J.A. of the Ontario Court of Appeal wrote in *R. v. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289 (at p. 306):

Granted that the Charter has changed the law but it has not, overnight, transformed the healthy repute of the administration of justice into a fragile flower ready to wilt because of the admission of evidence obtained as a result of a violation of the Charter rights of an accused. The regard of the Canadian public for the administration of justice prior to the Charter, despite the fact that evidence illegally obtained was admitted as a matter of course, was, in my view, very high. The repute of the administration of justice has not now suddenly become highly vulnerable.

On the question of exclusion of evidence, *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, were the leading decisions at that time in relation to the application of s. 24(2) of the *Charter* and its review by an appellate court. According to Lamer J., for the majority, at p. 283 of *Collins*: “In determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute, the judge is directed by s. 24(2) to consider ‘all the circumstances’. The factors which are to be considered and balanced have been listed by many courts in the country”. Lamer J. cited a number of those factors, which he then divided into three main categories, including the nature of the evidence and the nature of the right violated, and added: “Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone” (p. 284). The good

de la victime et à l’identification de l’appelant par le témoin Paquet.

1. *L’enregistrement*

En ce qui concerne l’enregistrement de la conversation en question, j’ai déjà discuté de l’état du droit à l’époque où cette conversation a été enregistrée; cet enregistrement était admissible à l’époque. Selon le jugement de la Cour d’appel dans le procès criminel, cet enregistrement aurait dû être déclaré inadmissible lors du procès en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, suite à l’arrêt *Duarte*, précité.

L’exclusion d’une preuve obtenue en violation d’une disposition de la *Charte* n’est pas automatique dans notre droit. Cette mesure en est une de nature exceptionnelle, comme l’écrit le juge Zuber de la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, p. 306 :

[TRADUCTION] Si la *Charte* a modifié le droit, elle n’a pas transformé, du jour au lendemain, la bonne réputation dont jouit l’administration de la justice en fleur fragile qui menace de se flétrir si le tribunal admet une preuve obtenue grâce à une atteinte aux droits que la *Charte* garantit à un accusé. Le public canadien avait, selon moi, une très haute opinion de l’administration de la justice avant l’avènement de la *Charte*, même si des éléments obtenus illégalement étaient couramment reçus en preuve. La réputation de l’administration de la justice n’est pas devenue soudainement très vulnérable.

En matière d’exclusion de la preuve, les arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, étaient les arrêts clés à l’époque en ce qui a trait à l’application du par. 24(2) de la *Charte* et à sa révision par une Cour d’appel. Selon le juge Lamer, pour la majorité à la p. 283 de l’arrêt *Collins* : « Le paragraphe 24(2) enjoint au juge qui détermine si l’utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, de tenir compte de “toutes les circonstances”. De nombreux tribunaux canadiens ont énuméré les facteurs à prendre en considération et à évaluer ». Le juge Lamer cite nombre de ces facteurs qu’il regroupe ensuite en trois catégories principales, dont la nature de la preuve, la nature du droit violé et il ajoute : « Une preuve matérielle obtenue d’une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d’injustice » (p. 284). La bonne foi

173

174

175

faith of the police and the seriousness of the violation were important considerations, at the time, in assessing “all the circumstances”, as Lamer J. in fact pointed out (at p. 285) in that decision, when he referred to *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, in which Le Dain J. wrote at p. 652:

The relative seriousness of the constitutional violation has been assessed in the light of whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant.

See also *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Sobotiak* (1994), 155 A.R. 16 (C.A.); and particularly, with respect to the Quebec case law at the time, *Comeau v. La Reine*, [1992] R.J.Q. 339 (C.A.); *Amadzadegan-Shamirzadi v. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839 (C.A.).

des policiers et le sérieux de la violation étaient à l'époque des considérations importantes dans l'évaluation de « toutes les circonstances » comme le souligne d'ailleurs dans ce même arrêt le juge Lamer, à la p. 285, alors qu'il fait référence à l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, où le juge Le Dain écrivait à la p. 652 :

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

Voir aussi : *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Sobotiak* (1994), 155 A.R. 16 (C.A.); et particulièrement en ce qui concerne la jurisprudence au Québec à l'époque : *Comeau c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 339 (C.A.); *Amadzadegan-Shamirzadi c. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839 (C.A.).

176 The exclusion of evidence that is otherwise admissible, under s. 24(2) of the *Charter*, is a matter within the discretion of the trial judge. According to the case law at the time (*Duguay* (S.C.C.), *supra*), and since reiterated by this Court (*R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341), an appellate court should only intervene if the judge has made “some apparent error as to the applicable principles or rules of law” “or has made an unreasonable finding”.

L'exclusion d'un élément de preuve, par ailleurs admissible, en vertu du par. 24(2) de la *Charte* relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Selon la jurisprudence de l'époque (*Duguay* (C.S.C.), précité) réitérée depuis par notre Cour (*R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341), une cour d'appel ne devrait intervenir que si le juge a commis « une erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables » « ou s'il a tiré une conclusion déraisonnable ».

177 Stating the unanimous opinion of the Court on this point in *Belnavis*, *supra*, Iacobucci J., dissenting in part, wrote (at paras. 74-75):

This Court has emphasized on numerous occasions the importance of deferring to the s. 24(2) *Charter* findings of lower court judges, who hear evidence directly and are thus better placed to weigh the credibility of witnesses and gauge the effect of their testimony: see e.g., *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at p. 783; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 625; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 539; *R. v. Goncalves*, [1993] 2 S.C.R. 3, at p. 3; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. In *Greffe*, Lamer J. (as he then was) stated as follows at p. 783:

Exprimant l'opinion unanime de la Cour sur ce point dans l'arrêt *Belnavis*, précité, le juge Iacobucci, dissident en partie, écrit (aux par. 74-75) :

Notre Cour a souligné, à maintes reprises, l'importance de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions tirées en vertu du par. 24(2) de la *Charte* par les juges des tribunaux d'instance inférieure, qui entendent directement la preuve et sont ainsi mieux placés pour évaluer la crédibilité des témoins et l'effet de leur témoignage: voir, par exemple, *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 98; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, à la p. 783; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, à la p. 625; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, à la p. 539; *R. c. Goncalves*, [1993] 2 R.C.S. 3, à la p. 3; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Dans l'arrêt *Greffe*, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) affirme ceci, à la p. 783 :

I note that it is not the proper function of this Court, absent some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or absent a finding that is unreasonable, to review findings of courts below in respect of s. 24(2) of the *Charter* and substitute its opinion for that arrived at by the Court of Appeal. . . .

I agree with this statement, and I note that while it speaks of deference to the findings of Courts of Appeal, the same principles apply, a fortiori, to the findings of trial judges; *Goncalves, supra*; *Stillman, supra*, at para. 68. As Cory J. states in his reasons, appellate courts in general should not intervene with respect to a lower court's s. 24(2) analysis absent an error of law or unreasonable finding. [Emphasis added.]

Cory J., writing for the majority in *Belnavis, supra*, stated (at para. 35):

The majority in *Stillman*, at para. 68, also reiterated the traditional position regarding appellate review of a trial judge's findings regarding s. 24(2):

. . . appellate courts should only intervene with respect to a lower court's s. 24(2) analysis when that court has made "some apparent error as to the applicable principles or rules of law" or has made an unreasonable finding. . . . [Emphasis added.]

It must be noted that *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, and *Stillman, supra*, were decided after the appellant's criminal trial was held and are not proper guidelines for determining whether, at the time the criminal charge was laid, the Crown attorney had reason to believe that the conversation between the victim's father and the appellant was admissible.

In the appellant's criminal trial, however, the Court of Appeal reversed the trial judge's decision based solely on the test laid down in *Duarte, supra*, without having regard to the judicial deference in this matter affirmed by this Court in *Duguay* in 1989: [1992] R.J.Q. 2047, 76 C.C.C. (3d) 316. At the same time, however, the Court of Appeal acknowledged that when the trial judge made that decision, there were particular circumstances that

Je souligne qu'en l'absence d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou en l'absence de conclusion déraisonnable, il n'appartient pas vraiment à notre Cour de réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et de substituer son opinion à celle de la Cour d'appel. . . .

Je suis d'accord avec cette affirmation et je souligne que, bien qu'il y soit question de retenue à l'égard des conclusions de cours d'appel, les mêmes principes s'appliquent, à plus forte raison, aux conclusions de juges du procès : *Goncalves*, précité; *Stillman*, précité, au par. 68. Comme le juge Cory l'affirme dans ses motifs, les cours d'appel ne devraient pas, en général, intervenir relativement à l'analyse effectuée par un tribunal d'instance inférieure en vertu du par. 24(2), en l'absence d'une erreur de droit ou d'une conclusion déraisonnable. [Je souligne.]

Quant au juge Cory, écrivant l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Belnavis*, il affirme (au par. 35) :

Les juges majoritaires, au par. 68 de l'arrêt *Stillman*, ont aussi réitéré le point de vue traditionnel concernant l'examen en appel des conclusions d'un juge du procès relativement au par. 24(2):

. . . les cours d'appel ne devraient intervenir, relativement à l'analyse qu'un tribunal d'instance inférieure a effectuée en vertu du par. 24(2), que si ce tribunal a commis une « erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables » ou s'il a tiré une conclusion déraisonnable. . . .

Les arrêts *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, et *Stillman*, précité, sont postérieurs à la tenue du procès criminel de l'appelant et ne sauraient servir de guide pour déterminer si, lors du dépôt de l'accusation criminelle, le substitut avait raison de croire que la preuve de la conversation entre le père de la victime et l'appelant était admissible.

Or la Cour d'appel, dans le procès criminel de l'appelant, a renversé la décision du juge du procès en se basant uniquement sur les critères établis dans l'arrêt *Duarte*, précité, sans tenir compte de la retenue judiciaire en la matière affirmée par notre Cour dans l'affaire *Duguay* en 1989 : [1992] R.J.Q. 2047. Par ailleurs, la Cour d'appel reconnaît qu'au moment où le juge du procès a rendu cette décision, il existait des circonstances particulières qui

178

179

180

justified the conclusion he had reached (at p. 327 C.C.C.):

[TRANSLATION] It should be recognized that at the stage of the trial at which the *voir dire* was held, the judge did not have before him all the pieces of the “puzzle”, to use the expression employed by counsel in the present case. These conversations between the appellant and Alain did not appear, at first glance, to be as incriminating as the prosecution subsequently showed them to be during the cross-examination of the appellant as well as in its address to the jury.

181 In this particular context, we cannot require more of the Crown attorney, at the time he laid the charge, than was required of the trial judge at the time his decision was made. It is one thing for the Court of Appeal to intervene in the context of an appeal from a murder conviction, it is quite another to judge the conduct of the Crown attorney at the time the charge was laid, in the context of an action for damages for malicious prosecution.

182 Moreover, there is nothing in the evidence from which it can be said that the police acted in bad faith in this case by suggesting that the conversation be recorded, any more than recording a similar conversation with a police informer would have been at the time (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151). Here, the additional fact that the tape recording was legal at the time it was made was an important consideration in evaluating its admissibility under s. 24(2). As the trial judge concluded, [TRANSLATION] “this course of action in [1983], given that the police were acting in good faith, in other words that it was permitted by the law . . . does not bring the administration of justice into disrepute”.

183 The Crown attorney should certainly have known what the law was when he authorized the laying of the charge. Even relying on *Duarte*, however, it was far from clear at the time that the evidence was inadmissible. The Crown attorney was legitimately entitled to believe that, having regard to all the circumstances of that recorded conversation, it could have been admitted in evidence, as it in fact was at the criminal trial. As the Court of Appeal pointed out with respect to the criminal trial, the trial judge was aware of the decision

le justifiaient d’en arriver à cette conclusion (à la p. 2053) :

Il faut reconnaître que, à cette étape du procès où le voir-dire s’est tenu, le juge n’avait pas alors devant lui tout le « casse-tête », pour employer ici une expression des plaideurs dans ce dossier. Ces conversations de l’appelant avec M. Alain ne présentent pas, à première vue, le caractère incriminant que la poursuite en a subséquemment dégagé tout au cours du contre-interrogatoire de l’appelant ainsi que dans son réquisitoire au jury.

On ne saurait, dans ce contexte particulier, exiger du substitut à l’époque où il a déposé la dénonciation plus qu’on en a exigé du juge du procès à l’époque où cette décision a été rendue. Si la Cour d’appel est intervenue à cet égard dans le contexte d’un appel d’une condamnation de meurtre, il en est autrement lorsqu’il s’agit de juger de la conduite du substitut à l’époque de la dénonciation dans le contexte d’une action en dommages-intérêts pour poursuites abusives.

Par ailleurs, rien dans la preuve ne permet d’affirmer que les policiers étaient ici de mauvaise foi en suggérant l’enregistrement de cette conversation, pas plus que ne l’aurait été, à l’époque, l’enregistrement d’une conversation similaire avec un informateur de police (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151). Ici, le fait additionnel de la légalité de l’enregistrement à l’époque où il a été fait était une considération importante dans l’évaluation de son admissibilité aux termes du par. 24(2). Comme l’a conclu le premier juge, « cette façon d’agir [en 1983], étant donné que les policiers étaient de bonne foi, en d’autres mots que c’était permis par la loi, [. . .] ne déconsidère pas la justice ».

Certes, le substitut devait connaître l’état du droit lorsqu’il a autorisé le dépôt de l’acte d’accusation. Or, même en se basant sur l’arrêt *Duarte*, l’inadmissibilité de cette preuve n’était pas acquise à l’époque. Le substitut était légitimement en droit de croire que, vu toutes les circonstances de cet enregistrement, il pourrait être reçu en preuve comme il l’a d’ailleurs été lors du procès criminel. Comme le souligne la Cour d’appel lors du procès criminel, le juge du procès était au courant de l’arrêt *Duarte*. Exerçant sa discrétion, il a

in *Duarte*. Exercising his discretion, he weighed the relevant factors in order to decide whether the admission of the evidence obtained in violation of a *Charter* right was likely to bring the administration of justice into disrepute, including the fact that: the recording had been made legally in 1983, with the written consent of one of the parties to the conversation; the conversation was entirely free and voluntary on the part of the appellant and there was no compulsion; it was not a statement made to a person in authority; the appellant had not been arrested or charged; and the police were acting in good faith. In those circumstances, even though the evidence was ultimately ruled inadmissible by the Court of Appeal in August 1992, could not the Crown attorney have had reason to believe, at that time, that the evidence would be ruled admissible, as it in fact was, by the trial judge? As the Court of Appeal pointed out in its judgment in the criminal case (at pp. 323-24 C.C.C.):

[TRANSLATION] The trial judge's understanding of the decision in *R. v. Duarte* . . . , led him to conclude that even if these recorded conversations were obtained in violation of s. 8 of the *Charter* (which is admitted by the respondent), this evidence must be admitted because the police officers "acted in good faith". The good faith of the police officers, according to the judge, can be inferred from the fact that at the time when they intercepted the conversations, that is in 1983, "it was allowed by the law".

Having regard to the context in which the trial judge admitted this evidence, and the state of the law at that time, I conclude that the Crown attorney was entitled to believe that the tape recording of the conversation between Mr. Alain and the appellant would be ruled admissible at trial.

I note in passing that in the appeal relating to the criminal trial, the Court of Appeal acknowledged that the conversation between the appellant and Mr. Alain had an [TRANSLATION] "incriminating" character (p. 327 C.C.C.).

2. *The Identification*

The second piece of evidence that the trial judge and LeBel J.A. found could not support

soupesé les éléments lui permettant de décider si l'admission d'une preuve obtenue en violation d'un droit protégé par la *Charte* était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, entre autres que : l'enregistrement avait été fait légalement, en 1983, avec le consentement écrit de l'un des participants à la conversation; la conversation était tout à fait libre et volontaire de la part de l'appelant, sans aucune contrainte; il ne s'agissait pas d'une déclaration faite à une personne en situation d'autorité, l'appelant n'ayant été ni arrêté ni inculpé; les policiers étaient de bonne foi. Dans ces circonstances, même si cette preuve a éventuellement été déclarée inadmissible par la Cour d'appel en août 1992, le substitut ne pouvait-il pas escompter, à l'époque, que cette preuve serait déclarée admissible, comme elle l'a d'ailleurs été, par le juge du procès? Comme l'a souligné la Cour d'appel dans son jugement lors du procès criminel (à la p. 2051) :

Pour le premier juge, sa compréhension de l'arrêt *Duarte* le porte à conclure que, même si ces conversations enregistrées ont été obtenues en violation de l'article 8 de la charte (ce qui est admis par l'intimée), cette preuve doit être admise car les policiers « étaient de bonne foi ». Cette bonne foi des policiers, selon le juge, s'infère du fait qu'au moment où ils ont procédé à l'interception des conversations, soit en 1983, « c'était permis par la loi ».

Tenant compte du contexte dans lequel le juge du procès a admis cette preuve et de l'état de la jurisprudence à l'époque, je conclus que le substitut était en droit de croire que l'enregistrement de la conversation entre M. Alain et l'appelant serait déclarée admissible au procès.

Je note en passant que la Cour d'appel, lors de l'appel relatif au procès criminel, a reconnu que la conversation entre l'appelant et M. Alain avait un « caractère incriminant » (p. 2053).

2. *L'identification*

Le deuxième élément de preuve qui, selon le juge de première instance et le juge LeBel, ne

184

185

186

a belief in reasonable and probable grounds to charge the appellant concerns the identification of the appellant by Mr. Paquet. On this point, the Crown attorney is criticized for improper identification, insufficient identification [TRANSLATION] "by the eyes" and failure to produce identification evidence at trial. It is important to note, however, that the indictment was filed on the basis of circumstantial evidence and was not based on the identification of the appellant by Mr. Paquet, since the identification was only one of the elements of that circumstantial evidence.

pouvait fonder une croyance en l'existence de motifs raisonnables et probables pour inculper l'appelant concerne l'identification de l'appelant par le témoin Paquet. À cet égard, on reproche au substitut l'identification irrégulière, l'identification insuffisante « par les yeux » et le défaut d'identification lors du procès. Or, il est important de rappeler que l'acte d'accusation a été déposé sur la foi d'éléments de preuve circonstancielle et ne repose pas sur l'identification de l'appelant par le témoin Paquet, cette identification n'étant qu'un des éléments de cette preuve circonstancielle.

187

To begin with, the identification must be placed in its proper context at the time when Mr. Paquet came forward. Mr. Paquet is a witness unrelated to anyone, a total stranger to the criminal trial and in fact unknown at that time, both to the coroner and to the Crown attorney. He spontaneously recognized the appellant from a photograph published in a newspaper, and it was his eyes that struck him. He testified to that effect at the trial. In the photograph published in the newspaper, the appellant had a beard; he had a beard in 1982, at the time of the murder, as the evidence at the criminal trial established. The individual whom Mr. Paquet said he had encountered and with whom he said he conversed briefly near the scene at the time of day when the crime was committed had a beard. The account of that encounter was corroborated by three witnesses to whom Mr. Paquet had spoken about it in the hours following it. Neither the credibility nor the good faith of this witness was impugned at any time or in any way, despite his having been rigorously cross-examined. A little over nine years after that encounter, when the criminal trial was underway, the appellant no longer had a beard and his physical appearance was no longer the same, as may be seen from photographs taken at that time.

Dès le départ, il y a lieu de replacer cette identification dans son contexte au moment où a surgi le témoin Paquet. Celui-ci est un témoin idoine, totalement étranger au procès criminel et d'ailleurs inconnu à l'époque, tant du coroner que du substitut. Il reconnaît spontanément l'appelant sur une photo publiée dans un journal et ce sont ses yeux qui le frappent. Il rendra témoignage en ce sens au procès. Sur cette photo publiée dans le journal, l'appelant portait une barbe; il en portait une en 1982, à l'époque du meurtre, comme l'a démontrée la preuve lors du procès criminel. L'individu que le témoin Paquet dit avoir rencontré et avec lequel il dit avoir conversé brièvement à proximité des lieux à l'heure du crime portait une barbe. Le récit de cette rencontre est corroboré par trois témoins à qui M. Paquet en a parlé dans les heures qui l'ont suivie. Ni la crédibilité ni la bonne foi de ce témoin n'ont été mises en doute à quelque moment que ce soit ni d'aucune façon malgré un contre-interrogatoire serré. Un peu plus de neuf ans après cette rencontre, alors que se déroule le procès criminel, l'appelant ne porte plus la barbe et sa physionomie n'est plus la même, tel qu'il appert des photos prises à cette époque.

188

The description that Mr. Paquet gave to the Sainte-Foy municipal police investigator, Matte, also provided a number of additional facts regarding the height of the person he had seen (similar to the appellant's), his age (35-40), his beard, his somewhat long, curly hair, his round glasses, his checked sports clothes and his backpack. That description was on all fours with the description of the appellant

La description que donne M. Paquet à l'enquêteur Matte de la Sûreté municipale de Sainte-Foy fournit également un certain nombre d'indications supplémentaires sur la taille de la personne qu'il a vue (similaire à celle de l'appelant), son âge (35-40 ans), sa barbe, ses cheveux plutôt longs et frisés, ses lunettes rondes, ses vêtements de sport à carreaux, son sac à dos. Cette description correspond en tous points à celle

in 1982, as confirmed by family and friends of the appellant.

Mr. Paquet added that in his brief conversation with the individual he encountered on the evening of the murder, that person told him [TRANSLATION] “[not to go and] see it”, that “it’s not a nice thing to see”. In addition, he pointed out that when asked to identify him, he clearly recognized his bearded man, without hesitation, and that when encountered in the evening of the murder in 1982, the bearded man suddenly disappeared.

On the one hand, should the Crown attorney ignore this evidence? A prosecutor who would ignore it would have been remiss in the duties of his office, and would not have been acting in the public interest, which requires that persons who are guilty of a crime be brought before the justice system to answer for their crimes. The Crown attorney rightly took it into consideration. However, he did not content himself with the witness’s account. He first wanted to ensure that the witness could actually identify the appellant. It was solely in that context that he showed him photographs of the appellant at around the time of the murder, one of which was selected by Mr. Paquet, and not for formal identification purposes at trial, as suggested by my colleagues in their reasons. There is nothing particularly surprising about the fact that the Crown attorney insisted on ascertaining that the witness could identify the appellant, especially given that the identification centered on the individual’s eyes (although it also related to the other indicia described earlier).

At that time there was no reason to hold an identification parade: no one had been arrested or charged. This is an important detail. In *R. v. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145, Hewart L.C.J. made a distinction between the identification process before arrest and the formal identification process once the suspect has been arrested. On that point, he said (at pp. 147-48):

It is quite true, as counsel has urged on behalf of the Crown, that the police, in showing those photographs to the persons who afterwards became witnesses, were not

de l’appelant en 1982, ce que confirment des personnes de l’entourage de l’appelant.

Monsieur Paquet ajoute que, lors de sa brève conversation avec l’individu rencontré le soir du meurtre, celui-ci lui aurait dit de « [ne pas aller] voir ça », que « ce n’est pas beau à voir ». De plus, il souligne que lors de l’identification il a clairement reconnu, et ce sans hésitation, son barbu et que lors de sa rencontre avec le barbu le soir du meurtre en 1982, ce dernier a subitement disparu.

D’une part, le substitut devait-il ignorer cette preuve? Un substitut qui l’aurait ignorée aurait manqué aux devoirs de sa fonction et n’aurait pas agi dans l’intérêt public qui veut que les personnes coupables d’un acte criminel soient amenées devant la justice pour répondre de leurs crimes. C’est avec raison qu’il en a tenu compte. Il ne s’est cependant pas contenté de cette version. Il a voulu s’assurer d’abord que le témoin pouvait réellement identifier l’appelant. C’est uniquement dans ce contexte qu’il lui a présenté les photos de l’appelant aux alentours de l’époque du meurtre, dont l’une a été retenue par M. Paquet et non pas à des fins d’identification formelle au procès tel qu’avancé par mes collègues dans leurs motifs. Que le substitut ait insisté pour être bien certain que le témoin pouvait identifier l’appelant n’a rien de bien surprenant, particulièrement en raison du fait que l’identification était axée sur les yeux de l’individu (quoiqu’elle ait aussi porté sur les autres indices décrits plus haut).

Il ne s’agissait pas à ce moment de procéder à une parade d’identification : personne n’avait été arrêté ni inculpé. Cette nuance est importante. Dans l’arrêt *R. c. Dwyer* (1924), 18 Cr. App. R. 145, le lord juge en chef Hewart fait la distinction entre le processus d’identification avant l’arrestation et le processus d’identification formel, une fois que le suspect a été arrêté. Sur ce point, il affirme (aux p. 147-148) :

[TRANSLATION] Il est certainement vrai, comme l’avocat l’a fait valoir au nom du ministère public, qu’en montrant ces photographies aux personnes qui sont par la suite

189

190

191

at all intending to influence them in the task of identification, or to equip them for it. On the contrary, they were seeking only to ascertain who were the persons proper to be arrested.

devenues des témoins, les policiers n'avaient aucunement l'intention de les influencer en ce qui a trait à l'identification, ni de les préparer à l'identification. Au contraire, ils cherchaient simplement à déterminer quelles personnes il y avait lieu de mettre en état d'arrestation.

One distinction, however, is quite clear. It is one thing for a police officer, who is in doubt upon the question who shall be arrested, to show a photograph to another person in order to obtain information or a clue upon that matter; it is another thing for a police officer dealing with witnesses who are afterwards to be called as identifying witnesses to show to those persons photographs of those whom they are about to be asked to identify beforehand. [Emphasis added.]

Cependant, une distinction ressort clairement. C'est une chose pour un policier qui a des doutes sur l'identité des personnes à arrêter que de montrer une photographie à une autre personne afin d'obtenir des renseignements ou des indices à cet égard; c'est une tout autre chose pour un policier qui traite avec des témoins, qui seront appelés à fournir une preuve d'identification, que de leur montrer au préalable des photographies des personnes qu'on leur demandera bientôt d'identifier. [Je souligne.]

192

This passage from *Dwyer* does not address formal identification, contrary to the manner in which my colleagues Iacobucci and Binnie JJ. apply it. The identification of the appellant was merely one element in the body of circumstantial evidence on which the charge was based. The Crown attorney's presence at the identification does nothing to change that fact. Mr. Paquet was not an eyewitness to the murder, and his testimony was not intended to identify a murderer, but rather simply to add an additional element to the body of evidence that was already available to the Crown attorney — an important one it is true, but not the kind of identification evidence purporting to identify the author of a crime. The purpose of the identification resorted to by inspector Tardif and the Crown attorney was not to identify the suspect at trial or even to identify an accused: no one had been arrested. In fact, at trial, the Crown attorney did not even proceed to identify the accused. That leads to the conclusion that the purpose of such identification was to ensure that the witness's identification was reliable.

Ce passage de l'arrêt *Dwyer* ne discute pas de l'identification formelle, contrairement à l'application qu'en font mes collègues Iacobucci et Binnie. L'identification de l'appelant n'était qu'un jalon dans l'ensemble de la preuve circonstancielle sur laquelle l'accusation était basée. La présence du substitut lors de cette identification ne change rien à ce fait. Le témoin Paquet n'était pas un témoin oculaire du meurtre et son témoignage n'avait pas pour but d'identifier un meurtrier mais simplement d'apporter un élément supplémentaire au faisceau de preuves dont disposait déjà le substitut, facteur important il est vrai, mais dont l'identification en question n'était pas de même nature que celle d'identifier l'auteur d'un crime. Le but de l'identification et de la part de l'enquêteur Tardif et du substitut n'était pas d'identifier le suspect au procès ni même d'identifier un accusé : personne n'avait été arrêté. De fait, le substitut n'a même pas procédé à l'identification lors du procès. On peut donc en conclure que le but poursuivi était plutôt de s'assurer que l'identification faite par le témoin était fiable.

193

Similarly, as indicated, and only for the purpose of the liberal interpretation courts here adopted on the question of identification, I reproduce a comment by Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 320, on *R. v. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453, where the British Columbia Court of Appeal admitted out-of-court identification evidence:

De même, à titre indicatif, et uniquement dans le but de démontrer l'interprétation libérale des tribunaux en matière d'identification, je reproduis ici un commentaire de Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, p. 320, sur l'affaire *R. c. Swanston* (1982), 65 C.C.C. (2d) 453, où la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accepté en preuve une identification extra-judiciaire :

In *R. v. Swanston*, due to the accused's change in appearance, the victim of a robbery was able to testify at trial only that the accused *resembled* his attacker, although he had positively identified the accused as his assailant on previous occasions (at a line-up and at a preliminary hearing). The British Columbia Court of Appeal allowed the victim to give evidence of the earlier identifications and permitted police officers to testify that the person identified by the victim on those occasions was in fact the accused. Accordingly, the law appears to be that evidence of extrajudicial identification is admissible not only to corroborate an identification made at trial, but as independent evidence going to identity, at least in situations where the witness who made the earlier identification is on the stand and can be subjected to cross-examination. [Italics in original; underlining added.]

See also: *R. v. Langille* (1990), 59 C.C.C. (3d) 544 (Ont. C.A.).

The appellant submits that such identification was illegal and, therefore, not in conformity with the law, and consequently, that the prosecution was vitiated. An analysis of the case law on this point leads me to conclude that even an "irregular" identification can be legally admissible in evidence, as it was in this case. While its probative value may be weaker, it is then up to the judge to caution the jury as to the circumstances in which the identification was obtained and its probative value.

In *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, the headnote reads (at pp. 803-4):

In determining whether or not to direct a verdict in cases which turn on eyewitness testimony, the trial judge should address his mind to the factors going to the quality of the identification evidence and, where the frailties in the evidence can be remedied by a caution, he should leave the matter to the jury.

In the present case, the trial judge erred in law in directing a verdict of acquittal on the basis solely of the quality of the initial identification evidence. The substantial consistency in the complainant's description of the accused given on three separate occasions prior to any improper police procedures required him to put the evidence to the jury with a caution as to the inherent frailty of the identification evidence, coupled with an instruc-

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *R. c. Swanston*, en raison du changement d'apparence de l'accusé, tout ce dont la victime du vol qualifié a été en mesure de témoigner au procès est que l'accusé *ressemblait* à son agresseur, même si elle avait identifié avec certitude l'accusé comme son agresseur à d'autres occasions (lors d'une parade d'identification et à l'enquête préliminaire). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a permis à la victime de témoigner relativement aux identifications précédentes et autorisé les policiers à déposer que l'individu identifié par la victime à ces occasions était bel et bien l'accusé. Par conséquent, selon l'état actuel du droit, il appert que la preuve d'identification extrajudiciaire est admissible, non seulement pour corroborer une identification faite au procès, mais également à titre de preuve indépendante quant à l'identité, à tout le moins lorsque le témoin qui est l'auteur de l'identification précédente est appelé comme témoin et peut être contre-interrogé. [En italique dans l'original; je souligne.]

Voir aussi : *R. c. Langille* (1990), 59 C.C.C. (3d) 544 (C.A. Ont.).

L'appellant soumet que l'identification était illégale, donc non conforme au droit, et qu'en conséquence la poursuite était viciée. Après avoir analysé la jurisprudence sur ce point, j'en viens à la conclusion que même une identification « irrégulière » n'empêche pas qu'elle puisse être légalement admise en preuve, comme elle l'a été ici. Certes, sa valeur probante pourra en être réduite, mais il appartient alors au juge de mettre en garde le jury sur les conditions d'obtention de l'identification et sur la valeur probante à lui accorder.

Dans l'affaire *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, on lit au sommaire (aux p. 803-804) :

En décidant s'il doit ou non imposer un verdict dans des affaires qui reposent sur la déposition de témoins oculaires, le juge doit tenir compte des facteurs qui influent sur la qualité de la preuve d'identification et, lorsque les faiblesses de la preuve peuvent être corrigées par une mise en garde, il doit soumettre l'affaire à l'appréciation du jury.

En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur de droit en imposant un verdict d'acquiescement en fonction uniquement de la qualité de la preuve d'identification initiale. La cohérence substantielle des descriptions de l'accusé par la plaignante, fournies en trois occasions distinctes, avant qu'il n'y ait des procédures irrégulières de la part de la police, l'obligeait à soumettre cette preuve à l'appréciation du jury, après lui avoir fait une mise en

tion to consider carefully the conditions under which the identification is made. A jury is in just as good a position as the trial judge to assess the witness' opportunity for observation and the strength of his evidence based on that opportunity.

196

In that same decision, Wilson J. did an exhaustive analysis of the impact of irregular police procedures in relation to identification, and came to the conclusion that the criteria elaborated in Canadian jurisprudence are less rigid than those adopted in the United States and England (at p. 831):

I think that several conclusions can be drawn from these authorities. First, the improprieties in the line-up do not necessarily destroy otherwise good evidence. Second, consistent with *Shepard*, damage can often be remedied by a proper caution. Third, at this stage of the analysis the assessment of the evidential basis for conviction depends not only on separate assessments of the weaknesses in the initial observation and the weaknesses in the conduct of the line-up but also on the impact of one or the other. As I stated at the outset, the stronger the initial identification evidence the higher the degree of subsequent impropriety it might take to undermine it. [Emphasis added.]

In reference to *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, Wilson J. went on to say (at pp. 832-33):

The discussion in *Marcoux* concerns the fairness or justice aspect of police procedures and of their impact on the accused's rights. There is no suggestion that apart from due process considerations the potential for inaccuracy generated by the station-house show-up rendered the evidence against Mr. Marcoux unsafe as a basis for conviction. The implication is that because Mr. Marcoux's refusal necessitated the show-up the fairness issue does not arise and that the trial judge properly put the evidence to the jury in spite of the problems in the quality of the initial observation and the subsequent identification. [Emphasis added.]

197

In *Pretrial Eyewitness Identification Procedures* (1983) (a study paper prepared for the Law Reform

garde sur la faiblesse inhérente de la preuve d'identification, assortie de l'instruction d'examiner soigneusement les conditions dans lesquelles l'identification a été faite. Le jury est aussi bien placé que le juge du procès pour évaluer les possibilités d'observation qu'a eu un témoin et, en fonction de ces possibilités, la force probante de son témoignage.

Dans le même arrêt, madame le juge Wilson procède à une analyse exhaustive de l'impact des procédures irrégulières de la police en matière d'identification et en vient à la conclusion que les critères canadiens sont moins rigides que ceux développés aux États-Unis et en Angleterre; elle affirme (à la p. 831) :

Je pense qu'on peut tirer plusieurs conclusions de cette jurisprudence. Premièrement, les irrégularités de la séance d'identification n'anéantissent pas nécessairement une preuve par ailleurs irréprochable. Deuxièmement, conformément à l'arrêt *Shepard*, le préjudice causé peut souvent être corrigé par une mise en garde appropriée. Troisièmement, à ce stade de l'analyse, l'évaluation de la preuve sur laquelle se fonde la déclaration de culpabilité dépend non seulement des évaluations faites séparément des faiblesses de l'observation initiale et de celles de la procédure suivie lors de la séance d'identification, mais aussi de l'effet de l'une ou de l'autre. Comme je l'ai dit au début, plus la preuve d'identification initiale est forte, plus il faudra un degré élevé d'irrégularités subséquentes pour la miner. [Je souligne.]

Discutant de l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, le juge Wilson poursuit (aux p. 832-833) :

Le débat dans l'affaire *Marcoux* porte sur l'aspect équitable ou juste des procédures de la police et de son effet sur les droits du prévenu. On n'y laisse aucunement entendre que, mises à part des considérations d'application régulière de la loi, les possibilités d'imprécision que fait naître la confrontation avec un seul suspect au poste de police ont rendu la preuve impliquant M. Marcoux trop dangereuse pour justifier une déclaration de culpabilité. Cela signifie qu'étant donné que le refus de M. Marcoux a nécessité la confrontation avec un seul suspect, la question d'équité ne se pose pas et que le juge a eu raison de laisser le jury apprécier la preuve, en dépit des problèmes de qualité de l'observation initiale et de l'identification subséquent. [Je souligne.]

Dans son ouvrage, *L'identification par témoin oculaire avant le procès* (1983) (un document

Commission of Canada), N. Brooks confirms that the rules set out in the case law regarding identification are very flexible. On that point, he said (at p. 157):

When the police were justified in showing photographs, the courts have never suggested that this procedure ought to be followed by a corporeal identification test. In an Australian case, where defence counsel argued that the witness who had first identified the accused's photograph should later have been shown a lineup containing the accused, the Supreme Court of Australia stated: "If she had identified him in a line-up it would have been impossible to say how far she was relying on the photograph and how far on her recollection of her assailant on 17th June, and a line-up might have been harmful to his case. It was certainly not necessary."

In *R. v. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116, Weiler J.A. of the Ontario Court of Appeal summarized the state of the law regarding identification (at para. 91):

The trial judge was correct that the generally accepted state of the law is that, where evidence is tainted, either because identification was suggested by the accused's presence in the prisoner's box or as a result of inappropriate police procedures, the evidence is not thereby rendered inadmissible. Rather, the evidence of tainting is a factor going to the weight of the evidence which is exclusively the province of the jury. See *R. v. Mezzo*, [1986] 1 S.C.R. 802; . . . *R. v. Miaponoose* . . . [(1996)], 110 C.C.C. (3d) 445, at p. 458 ([Ont.] C.A.); *R. v. Buric* . . . [(1996)], 106 C.C.C. (3d) 97, at p. 112 ([Ont.] C.A.), per Labrosse, J.A., whose reasons were affirmed at (1997), 209 N.R. 241 . . . (S.C.C.). [Emphasis added.]

With respect to identification at the preliminary stage, she wrote (at para. 94):

An out-of-court description of the suspect given by a witness to the police, particularly a description that contains a distinctive personal characteristic, is admissible in court as a means of assisting the jury to assess what weight should be given to the identification that has been made in court: [Tar], supra. Similarly, a videotape or photograph of a suspect in the vicinity at the

d'étude préparé à l'intention de la Commission de réforme du droit du Canada), l'auteur N. Brooks confirme que les règles jurisprudentielles en matière d'identification sont très souples. Sur ce point, il affirme (aux p. 176-177) :

Cependant, dans les cas où les policiers étaient fondés à recourir à des photographies, les tribunaux n'ont jamais laissé entendre que cette façon de procéder aurait dû être suivie par une identification en personne. Dans une affaire australienne où l'avocat de la défense avait prétendu que le témoin, qui avait d'abord identifié l'accusé sur une photographie, aurait dû assister ultérieurement à une parade d'identification à laquelle aurait participé l'accusé, la Cour suprême de l'Australie a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Si elle [le témoin] avait identifié l'accusé lors d'une parade d'identification, il aurait été impossible de savoir dans quelle mesure elle s'appuyait sur la photographie, et dans quelle mesure elle s'appuyait sur le souvenir de celui qui l'avait agressée le 17 juin. Une parade d'identification n'était certainement pas nécessaire et aurait éventuellement pu être nuisible dans cette affaire ».

Dans l'arrêt *R. c. Gagnon* (2000), 136 O.A.C. 116, madame le juge Weiler de la Cour d'appel de l'Ontario résume l'état du droit en matière d'identification (au par. 91) :

[TRADUCTION] Le juge du procès a eu raison de déclarer que, selon l'état du droit, tel qu'il est généralement reconnu, lorsque la preuve est viciée, soit parce que l'identification a été suggérée par la présence de l'accusé sur le banc des accusés ou par suite de procédures policières irrégulières, elle ne devient pas de ce fait inadmissible. La preuve d'un vice est un facteur qui influence le poids à accorder aux éléments de preuve, dont l'appréciation relève exclusivement du jury. Voir *R. c. Mezzo*, [1986] 1 R.C.S. 802; . . . *R. c. Miaponoose* [. . .] [(1996),] 110 C.C.C. (3d) 445, p. 458 (C.A. [Ont.]); *R. c. Buric* [. . .] [(1996)], 106 C.C.C. (3d) 97, p. 112 (C.A. [Ont.]), le juge Labrosse, dont les motifs ont été confirmés dans (1997), 209 N.R. 241 [. . .] (C.S.C.). [Je souligne.]

Relativement à l'identification au stade préliminaire, elle écrit (au par. 94) :

[TRADUCTION] Une description extrajudiciaire du suspect qu'un témoin fournit à la police, plus particulièrement une description comportant des traits personnels distinctifs, est admissible au procès afin d'aider le jury à apprécier l'importance qu'il convient d'accorder à l'identification fournie au procès : [Tar], précité. De façon analogue, un vidéo ou une photographie

time the crime was committed is also admissible provided that the accuracy and fairness of what the videotape or photograph purports to depict is established: *R. v. Maloney (No. 2)* (1976), 29 C.C.C. (2d) 431 (Ont. Co. Ct.), LeSage, Co. Ct. J., as cited in *R. v. Brown*, [1999] O.J. No. 4864 (Gen. Div.), on the voir dire relating to the admissibility of the tape from the surveillance camera showing the homicide and robberies at the Just Desserts Café in Toronto. In these cases, there is a means for the jury to measure the accuracy or reliability of the identification made in court. As stated by Trafford, J., in *Brown*, supra, there is an articulable basis for the jury to discount the frailties of the identification evidence. Because the jury will be able to weigh the evidence and to engage in a reasoning process respecting its admission or rejection, the admission of the evidence will not be unfair to the accused. [Emphasis added.]

199 In *R. v. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641, Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal also did a thorough analysis of the question, and wrote (at p. 657):

The second situation in which out-of-court statements of identification have been admitted arises where the identifying witness is unable to identify the accused at trial, but can testify that he or she previously gave an accurate description or made an accurate identification. In these circumstances, the identifying witness may testify to what he or she said or did on those earlier occasions and those who heard the description given by the witness or witnessed the identification made by the witness may give evidence of what the witness said or did. [Emphasis added.]

200 I decipher from these decisions that the Crown attorney acted in conformity with the state of the law regarding identification. Regardless of its probative value, the identification in this instance was not illegal.

201 It was ultimately up to the jury to assess that identification evidence in light of Mr. Paquet's testimony at trial, and it was up to the judge to caution the jury regarding its probative value in his charge to the jury.

202 As regards the conduct of the Crown attorney when he laid the charge, however, having regard to

représentant un suspect dans les environs au moment de la perpétration du crime est également admissible, dans la mesure où on établit le caractère exact et juste de ce que le vidéo ou la photographie vise à démontrer : *R. c. Maloney (No. 2)* (1976), 29 C.C.C. (2d) 431 (C. cté Ont.), le juge LeSage, cité dans *R. c. Brown*, [1999] O.J. No. 4864 (Div. gén.), quant au voir-dire sur l'admissibilité d'une bande vidéo provenant d'une caméra de surveillance qui a capté les images de l'homicide et des vols survenus au Just Desserts Café à Toronto. Dans ces cas, il existe un moyen pour le jury de mesurer l'exactitude ou la fiabilité de l'identification fournie au procès. Comme l'a déclaré le juge Trafford dans *Brown*, précité, le jury a des motifs précis pour ne pas tenir compte des faiblesses inhérentes à la preuve d'identification. Étant donné que le jury sera en mesure d'apprécier la preuve et d'entreprendre un processus de raisonnement quant à son admission ou à son rejet, l'admission de la preuve ne sera pas inéquitable à l'égard de l'accusé. [Je souligne.]

Dans l'affaire *R. c. Tat* (1997), 35 O.R. (3d) 641, le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario fait également une analyse fouillée de la question et écrit (à la p. 657) :

[TRADUCTION] La seconde situation dans laquelle les déclarations d'identification extrajudiciaires ont été admises survient lorsque le témoin, auteur de l'identification, est incapable d'identifier l'accusé au procès, mais est en mesure d'affirmer qu'il a déjà fourni une description ou une identification exacte. Dans ce cas-là, le témoin, auteur de l'identification, peut déposer au sujet de ce qu'il a dit ou fait aux occasions antérieures, et ceux qui ont entendu la description fournie par ce témoin ou qui ont été témoins de l'identification qu'il a faite peuvent déposer au sujet de ce que le témoin a alors dit ou fait. [Je souligne.]

Je déduis de cette jurisprudence que le substitut a agi conformément à l'état du droit en matière d'identification. Quelle que soit sa valeur probante, l'identification en l'espèce n'était pas illégale.

Il revenait en dernier ressort au jury d'apprécier cette preuve d'identification à la lumière du témoignage de M. Paquet au procès et au juge de mettre le jury en garde quant à sa force probante dans son adresse au jury.

En ce qui concerne, toutefois, le comportement du substitut lorsqu'il a déposé l'inculpation,

the foregoing, it is reasonable to conclude that on the question of the identification by Mr. Paquet, the Crown attorney could hold a reasonable belief that this evidence was sufficient to meet the third criteria of *Nelles*.

At this point, and as an aside, I note that in cases where an identification is founded solely on a particular feature, such as a tattoo, a scar, a blemish, the shape of a nose — identifications that are abundant in the case law, it is often impossible to proceed in the ordinary manner and hold an identification parade. Where would one find people who have the same characteristics? In the absence of those characteristics, the presumed perpetrator of the crime would immediately be recognized and the identification would be no more “proper” than what the witness did here. Had Mr. Paquet been shown a number of photographs of other “bearded men”, and had he identified the appellant definitively in one of those photographs, the identification would certainly have carried more weight. But the fact that this recognized method was not used is not fatal, particularly in a context where Mr. Paquet had already spontaneously identified the appellant from a newspaper photograph at a time when he was unaware that he would be a witness at the trial and had not been involved in any earlier procedure in connection with the charge. Even in the absence of any other identification session organized by the investigators and the Crown attorney, the Crown attorney could have called Mr. Paquet to testify at the trial based on the original identification. I believe that the identification of the appellant using the photographs was intended only to reassure the Crown attorney before pursuing the investigation any further. In fact, the Crown attorney then pursued his investigation, so he could be satisfied, first, of the credibility and good faith of the witness, and second, of the convergence of the other evidence then in the file. He certainly cannot be criticized for doing this.

Did the fact that the identification was ruled to be insufficient because it related solely to the eyes and beard require the Crown attorney to close the case? Not in my opinion. This is true even if we

tenant compte de ce qui précède, il est raisonnable de conclure qu'en ce qui regarde l'identification par le témoin Paquet, le substitut pouvait raisonnablement croire que cet élément était suffisant pour satisfaire au troisième critère de l'arrêt *Nelles*.

Je dois ici ouvrir une parenthèse pour discuter de l'identification lorsque cette identification porte uniquement sur un signe particulier, tels un tatouage, une balafre, un bouton, la forme d'un nez, identifications que l'on retrouve en abondance dans la jurisprudence. Il est souvent impossible de procéder dans ces cas comme on le fait ordinairement et de recourir à une parade d'identification. Où trouver des personnes possédant les mêmes caractéristiques? En leur absence, l'auteur présumé du crime ressortira immédiatement de la ligne et l'identification ne sera pas plus « régulière » que celle qui a été faite ici par le témoin. Si on avait présenté à M. Paquet plusieurs photos d'autres « barbus », et qu'il avait identifié précisément l'appellant sur l'une de ces photos, certes l'identification aurait eu plus de poids. Mais le fait de n'avoir pas recouru à cette méthode reconnue ne s'avère pas fatale, particulièrement dans le contexte où M. Paquet avait déjà identifié l'appellant spontanément sur une photo de journal alors qu'il ignorait qu'il serait témoin au procès et n'avait participé à aucune procédure quelconque auparavant en relation avec une accusation. Même s'il n'y avait eu aucune autre séance d'identification organisée par les enquêteurs et le substitut, l'identification originale aurait pu permettre au substitut de faire témoigner M. Paquet au procès. Je considère que l'identification de l'appellant par les photos n'avait pour but que de rassurer le substitut avant qu'il ne pousse l'enquête plus avant. En fait, le substitut a alors poursuivi son enquête pour s'assurer, d'une part, de la crédibilité et bonne foi du témoin et, d'autre part, de la convergence des autres éléments de preuve déjà au dossier. On ne saurait certes lui en faire reproche.

Le fait qu'on ait jugé l'identification insuffisante parce qu'elle portait sur les yeux et la barbe uniquement commandait-il au substitut de classer le dossier? À mon avis, non. Ceci est vrai même si

believe that the method of identification chosen was inappropriate or negligent. The Crown attorney is neither judge nor jury, and he had the right, and I would go so far as to say the duty, to take that evidence to the justice system, provided that he himself believed that it was valid. There is nothing in the record to suggest that this was not the case and that he acted in bad faith. This was a very important piece of evidence in the structure of this case, and of itself, it put the appellant at the scene of the crime at the time of day when it was committed, and corroborated other evidence such as, in particular, the use of the polythene bag that was later found near the scene of the crime, the appellant's opportunity to leave work at that precise time of day, and so on.

205

Mr. Paquet testified at the trial about his encounter and all the facts that he had recounted to the investigators and the Crown attorney. There is no doubt that the jurors believed him. The Crown attorney was criticized for not asking Mr. Paquet to identify the appellant at trial. In his argument at trial, the Crown attorney did say that he had deliberately refrained from asking Mr. Paquet to identify the appellant for fear that he would be unable to recognize him, and he added: [TRANSLATION] "if I had asked the question, I would have been making the witness contradict himself. That would have been brilliant: 'Do you see your bearded man, sir? I don't see him.'" On the one hand, the explanation seems logical: in fact, at the date of the trial, the appellant no longer looked like the "bearded man" whom the witness had encountered more than six years earlier and identified from photographs that were more or less contemporaneous with the murder. On the other hand, this could have been a tactic on the Crown attorney's part, that we may or may not agree with. However, the opportunity opened to the defence to have the witness contradict himself was obvious, a fact the Crown attorney may well have counted on, all the while perhaps thinking that the witness would reaffirm his identification from the photograph published by the newspaper. It is also important to recall that the defence in cross-examination refrained from attempting to have the witness contradict himself, a matter for which the Crown attorney can surely not be criticized.

l'on considère que le mode d'identification choisi était inopportun ou négligent. Le substitut n'est ni juge ni jury et il avait le droit et j'irais même jusqu'à dire le devoir de porter cet élément de preuve devant la justice pourvu qu'il ait lui-même cru qu'il était valable. Rien au dossier ne laisse entendre que tel n'était pas le cas et qu'il agissait de mauvaise foi. Il s'agissait d'un élément d'une grande importance dans la trame de cette affaire, élément qui, à lui seul, plaçait l'appelant sur les lieux du crime et à l'heure où il fut commis, et qui corroborait d'autres éléments de preuve, tels en particulier l'usage du sac de polythène qui a par la suite été trouvé à proximité des lieux du crime, la possibilité pour l'appelant de s'absenter de son travail à cette heure précise, et ainsi de suite.

Monsieur Paquet témoignera au procès de sa rencontre et de tous les faits qu'il avait relatés aux enquêteurs et au substitut. Il ne fait aucun doute qu'il a été cru par les jurés. On a fait reproche au substitut de ne pas avoir demandé au témoin Paquet d'identifier l'appelant au procès. Le substitut, lors de sa plaidoirie au procès, a effectivement affirmé qu'il s'était délibérément abstenu de demander au témoin Paquet d'identifier l'appelant par crainte qu'il ne puisse le reconnaître et il a ajouté : « si [j']avais posé la question je mettais le témoin lui-même en contradiction. Ça aurait été brillant : "Voyez-vous, monsieur, votre barbu ici? Je ne le vois pas." » D'une part, l'explication semble logique : effectivement, l'appelant, à la date du procès, ne ressemblait plus au « barbu » rencontré par le témoin plus de six ans auparavant et identifié à même des photos plus ou moins contemporaines au meurtre. D'autre part, il pourrait aussi s'agir d'une tactique de la part du substitut avec laquelle on peut ou non être d'accord. Mais l'opportunité ainsi donnée à la défense de mettre le témoin en contradiction était patente, ce que le substitut avait probablement escompté tout en croyant peut-être que le témoin réaffirmerait son identification à partir de la photo publiée par le journal. De plus, il est important de rappeler que la défense s'est abstenue de mettre le témoin en contradiction lors du contre-interrogatoire, ce qu'on ne peut sûrement pas reprocher au substitut.

When the evidence in the Crown attorney's possession at the time he authorized the laying of the charge against the appellant for the first degree murder of France Alain is examined in its context and in the context of that time, in light of the nature of the evidence and the state of the jurisprudence and of the law at the time, as well as the duty of a Crown attorney who sincerely and in good faith believes that the perpetrator of a murder is guilty and that there are reasonable and probable grounds to justify laying a charge, I am satisfied that the Crown attorney could plausibly have believed, at that time, that he had sufficient reasonable and probable grounds to charge the appellant. It must not be forgotten, in this analysis, that at the preliminary inquiry the judge committed the appellant for trial. It is difficult to argue, in these circumstances, that the evidence in the Crown's possession was so non-probative, or so tenuous, as one would have us believe. It seems to me that if that was the case, there would have been no committal for trial. Moreover, the appellant was found guilty by the jury at the end of his criminal trial. The standard of proof beyond a reasonable doubt does not apply to the Crown attorney at the time the charge is laid, it applies only at trial; otherwise, more would be asked of the Crown attorney than of the judge at the preliminary inquiry and at trial (*United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679).

As Ritchie J. said in *Shephard*, *supra*, at p. 1080: "a trial judge sitting with a jury [must decide] whether the evidence is 'sufficient' to justify him in withdrawing the case from the jury and this is to be determined according to whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty".

In *Charemski*, McLachlin J., dissenting but not on this point, accurately summarized the state of the law concerning the role of the judge at the preliminary inquiry stage. On that question, she reiterated at para. 26 the principles laid down in *Shephard*, *supra*:

Until recently, no one questioned the rule that on a motion for a directed verdict the trial judge must deter-

Les éléments de preuve que possédait le substitut lorsqu'il a autorisé le dépôt de l'accusation de meurtre au premier degré de France Alain contre l'appelant, examinés dans leur contexte et celui de l'époque, tenant compte de la nature de ces éléments, de l'état de la jurisprudence et du droit à l'époque, d'une part, et le devoir d'un substitut qui croit sincèrement et de bonne foi à la culpabilité de l'auteur d'un meurtre ainsi qu'à des motifs raisonnables et probables justifiant le dépôt d'une accusation, d'autre part, me convainquent que le substitut pouvait vraisemblablement croire à l'époque qu'il avait des motifs raisonnables et probables suffisants pour inculper l'appelant. Il ne faut pas oublier dans cette analyse que, à l'enquête préliminaire, le juge a renvoyé l'appelant à procès. Il est difficile de prétendre, dans ces circonstances, que les éléments de preuve que possédait la Couronne étaient aussi peu probants ou aussi ténus qu'on a bien voulu le laisser croire. Il me semble que si c'était le cas, il n'y aurait pas eu de renvoi à procès. Par surcroît, l'appelant a été reconnu coupable par le jury au terme de son procès criminel. La norme de preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique pas au substitut au moment du dépôt de l'accusation mais uniquement au procès; autrement, on exigerait davantage du substitut que du juge à l'enquête préliminaire et au procès (*États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679).

Comme l'a affirmé le juge Ritchie dans l'affaire *Shephard*, précitée, p. 1080 : « [le] juge du procès siégeant avec un jury [. . .] doit décider si la preuve est "suffisante" pour dessaisir le jury selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité ».

Madame le juge McLachlin dans l'affaire *Charemski*, dissidente mais non sur ce point, a bien résumé l'état du droit sur le rôle du juge à l'étape de l'enquête préliminaire. Sur cette question, elle réitère au par. 26 les principes consacrés dans l'affaire *Shephard*, précitée :

Jusqu'à tout récemment, personne ne remettait en question la règle selon laquelle le juge du procès saisi

mine whether there is sufficient evidence to permit a properly instructed jury, acting reasonably, to convict, with the implied correlative that the trial judge must weigh the evidence in the limited sense of determining whether it is capable of supporting essential inferences the Crown seeks to have the jury draw. However, in this case the Crown argues that the test has been altered in cases of circumstantial evidence by two decisions of this Court: *Mezzo, supra*, and *Monteleone, supra*. I do not agree. While some of the language of these cases is confusing, a closer reading suggests that the justices had no intention of discarding the time-hallowed and universally accepted test for directed acquittals.

d'une demande de verdict imposé doit décider s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour permettre à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, de conclure à la culpabilité, et le corollaire implicite selon lequel le juge du procès doit évaluer la preuve uniquement pour déterminer si elle peut étayer les inférences essentielles que le ministère public veut que le jury fasse. Cependant, le ministère public allègue, en l'espèce, que deux arrêts de notre Cour ont modifié le critère dans le cas d'une preuve circonstancielle : *Mezzo* et *Monteleone*, précités. Je ne suis pas d'accord. Bien que le texte de ces arrêts soit un peu confus, une lecture plus attentive donne à penser que les juges n'avaient aucune intention d'écarter ce critère consacré par l'usage et universellement accepté en matière de verdicts imposés.

209

Finally, recently, in *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54, at paras. 30 and 32, McLachlin C.J. discussed the task of the judge at a preliminary inquiry:

In performing the task of limited weighing, the preliminary inquiry judge does not draw inferences from facts. Nor does she assess credibility. Rather, the judge's task is to determine whether, if the Crown's evidence is believed, it would be reasonable for a properly instructed jury to infer guilt.

Enfin, récemment, dans l'affaire *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54, par. 30 et 32, le juge en chef McLachlin discute du mandat du juge lors de l'enquête préliminaire :

En exerçant cette fonction d'évaluation limitée, le juge présidant l'enquête préliminaire ne tire aucune inférence au regard des faits. Il n'apprécie pas non plus la crédibilité. La fonction du juge consiste plutôt à déterminer si, en supposant que la preuve du ministère public soit crue, il serait raisonnable pour un jury ayant reçu des directives appropriées d'inférer la culpabilité.

This result would obviously be inconsistent with the mandate of the preliminary inquiry justice as is expressed in s. 548(1), which requires the preliminary justice inquiry to consider "the whole of the evidence". Further, it would undermine one of the central purposes of the preliminary inquiry, which is to ensure that the accused is not committed to trial unnecessarily: see *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53, at para. 20. Thus the traditional formulation of the common law rule should not be understood to foreclose consideration of defence evidence. . . . Whatever the evidence of the Crown and defence, the judge must consider "the whole of the evidence", in the sense that she must consider whether the evidence, if believed, could reasonably support a finding of guilt. The question is the same whether the evidence is direct or circumstantial. [Emphasis added.]

Il va de soi que ce résultat serait incompatible avec le mandat conféré au juge présidant l'enquête préliminaire tel qu'il est énoncé au par. 548(1), lequel impose à celui-ci d'examiner l'ensemble de la preuve. Qui plus est, ce résultat ferait échec à l'un des objectifs premiers de l'enquête préliminaire, soit s'assurer que l'accusé ne soit pas inutilement renvoyé à procès : voir *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53, par. 20. La formulation traditionnelle de la règle de common law ne doit donc pas être interprétée de manière à exclure l'examen de la preuve présentée par la défense. [. . .] Quelle que soit la preuve présentée par le ministère public et par la défense, le juge est tenu d'examiner l'ensemble de la preuve, en ce sens qu'il doit se demander si la preuve, si elle était crue, pourrait raisonnablement étayer un verdict de culpabilité. La question demeure inchangée qu'il s'agisse d'une preuve directe ou circonstancielle. [Je souligne.]

210

One must assume that the judge at the preliminary inquiry was cognizant of the state of the law when he committed the appellant for trial. If he considered the evidence offered by the Crown attorney

On doit présumer que le juge de l'enquête préliminaire connaissait l'état du droit lorsqu'il a renvoyé l'appelant à procès. S'il a jugé les éléments de preuve apportés par le substitut suffisants à cet

to be sufficient in that respect, the Crown attorney cannot be criticized for reaching the same conclusion.

The fact that the Court of Appeal concluded on appeal of the guilty verdict that the evidence presented at trial did not prove the appellant's guilt beyond a reasonable doubt, as it said, and that the trial judge committed errors, is one thing. Assessing the conduct of the Crown attorney when the criminal charge was laid is quite another.

In short, like Beaugerard J.A., [TRANSLATION] "I cannot say that when the prosecutor authorized the information, he deviated tangibly from the conduct of a reasonably competent and responsible prosecutor" (p. 435). I do not share the severe approach to the Crown attorney's conduct taken by LeBel J.A. In my opinion, he applied to the Crown attorney's conduct not only the concept of fault in Quebec civil law, but also the standards of the criminal law in 1999, i.e. at the time when the Court of Appeal rendered its judgment in the civil action. The time to which we should refer in evaluating that conduct is the time when the indictment was filed.

Strictly speaking, in view of my conclusion that the Crown attorney had reasonable and probable grounds for laying a charge, it is not necessary to address the question of malice. I consider it solely in case there is a difference of opinion with respect to my analysis concerning the existence of reasonable and probable grounds.

(d) *Malice*

The definition of malice in *Nelles*, the essential element of which is the pursuit of an improper purpose, has been consistently applied by the courts in Canada. (See on this point: *Boudreault v. Barrett* (1998), 219 A.R. 67 (C.A.); *Thompson v. Ontario* (1998), 113 O.A.C. 82; *Reynen v. Canada* (1995), 184 N.R. 350 (F.C.A.); *Milgaard v. Kujawa* (1994), 118 D.L.R. (4th) 653 (Sask. C.A.); *Prete v. Ontario* (1993), 16 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Deline v. Kidd*, [2001] B.C.J. No. 645 (QL), 2001 BCSC 491; *Monette v. Owens* (2000), 144 Man. R. (2d) 55

égard, on ne saurait reprocher au substitut d'en être arrivé à la même conclusion.

Que la Cour d'appel ait conclu suite à l'appel du verdict de culpabilité que la preuve présentée au procès ne prouvait pas la culpabilité de l'appellant hors de tout doute raisonnable, comme elle l'a indiqué, et que le juge du procès avait commis des erreurs est une chose. L'appréciation de la conduite du substitut lors du dépôt de l'accusation criminelle est une toute autre chose.

En somme, comme le juge Beaugerard, « je ne peux dire qu'en autorisant la dénonciation, le substitut s'est démarqué d'une façon tangible de la conduite qu'aurait eue le substitut raisonnablement compétent et responsable » (p. 435). Je ne partage pas le regard sévère que porte le juge LeBel sur le comportement du substitut. Il applique à la conduite du substitut, selon moi, non seulement la notion de faute en droit civil québécois mais aussi les normes de droit criminel qui prévalaient en 1999, soit au moment où a été rendu le jugement de la Cour d'appel sur la poursuite civile. C'est au moment du dépôt de l'acte d'accusation qu'il y a lieu de se reporter pour apprécier cette conduite.

Stricte ment parlant, vu ma conclusion que le substitut avait des motifs raisonnables et probables pour déposer une accusation, il ne serait pas nécessaire d'aborder la question de l'intention malicieuse. J'y passe uniquement au cas où on pourrait diverger d'opinion quant à mon analyse relative à l'existence de motifs raisonnables et probables.

(d) *L'intention malicieuse*

La définition de l'intention malicieuse dans l'arrêt *Nelles*, dont l'élément essentiel équivaut à la poursuite d'un but illégitime, a été reprise de manière constante par la jurisprudence canadienne. (Voir à cet égard *Boudreault c. Barrett* (1998), 219 A.R. 67 (C.A.); *Thompson c. Ontario* (1998), 113 O.A.C. 82; *Reynen c. Canada* (1995), 184 N.R. 350 (C.A.F.); *Milgaard c. Kujawa* (1994), 118 D.L.R. (4th) 653 (C.A. Sask.); *Prete c. Ontario* (1993), 16 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Deline c. Kidd*, [2001] B.C.J. No. 645 (QL), 2001 BCSC 491; *Monette c. Owens*

211

212

213

214

(Q.B.); *Charemski v. Ontario*, [2000] O.J. No. 5231 (QL) (S.C.J.); *Fiset v. Toronto (City) Police Services Board*, [1999] O.J. No. 3731 (QL) (S.C.J.).) In *Boudreault v. Barrett*, the Alberta Court of Appeal in fact concluded, at para. 14: “There is no indication of malice. The appellant has not produced any evidence suggesting that any of the respondents acted out of spite, ill-will or vengeance toward him. Nor is there evidence that any of the respondents were inspired to initiate and prosecute the charges against the appellant by any motive other than the fulfillment of their duties to enforce the criminal law.”

(2000), 144 Man. R. (2d) 55 (Q.B.); *Charemski c. Ontario*, [2000] O.J. No. 5231 (QL) (C.S.J.); *Fiset c. Toronto (City) Police Services Board*, [1999] O.J. No. 3731 (QL) (C.S.J.).) Dans la décision *Boudreault c. Barrett*, la Cour d’appel de l’Alberta concluait d’ailleurs en ces termes au par. 14 : [TRADUCTION] « Rien n’indique qu’il y a eu malveillance. L’appellant n’a produit aucun élément de preuve qui porterait à croire que l’un des intimés aurait agi par dépit, rancune ou esprit de vengeance envers lui. Aucune preuve ne démontre non plus que les intimés ont été poussés à porter les accusations contre l’appellant et à engager des poursuites à leur égard par un autre motif que l’exécution de leur devoir d’appliquer la loi en matière criminelle. »

215 The burden of proof to be met here is very high, as Lamer J. pointed out in *Nelles, supra*: “the burden [of proof] on the plaintiff is onerous and strict” (p. 197). As I noted in that decision: “Attorneys General and Crown Attorneys are often faced with difficult decisions as to whether to proceed in matters which come before them. It is unfortunate that, like all human beings, they cannot be immune from error [but the] freedom of action of Attorneys General and Crown Attorneys is vital to the effective functioning of our criminal justice system” (p. 223).

Le fardeau de preuve à rencontrer ici est très élevé, comme l’a souligné le juge Lamer dans l’arrêt *Nelles*, précité : « la charge de la preuve incombant au demandeur est lourde et stricte » (p. 197). Comme je l’ai mentionné dans ce même arrêt : « Les procureurs généraux et les procureurs de la Couronne sont souvent confrontés à des décisions difficiles quant au dépôt d’une poursuite dans des affaires qui leur sont soumises. Il est malheureux que, comme tout être humain, ils ne soient pas exempts d’erreurs [mais la] liberté d’action des procureurs généraux et des procureurs de la Couronne est vitale pour assurer que notre système de justice criminelle fonctionne de façon efficace » (p. 223).

216 In any event, the appellant must show on a preponderance of evidence that there was an improper purpose and that the powers of the prosecutor were perverted to that end. The malicious use of the office may not have been accidental: it must be deliberate. As Lamer J. wrote in *Nelles*, at pp. 196-97: “We are not dealing with merely second-guessing a Crown Attorney’s judgment in the prosecution of a case but rather with the deliberate and malicious use of the office for ends that are improper and inconsistent with the traditional prosecutorial function” (emphasis added).

En tout état de cause, l’appellant doit démontrer, selon la prépondérance de la preuve, la présence d’un but illégitime et le détournement des pouvoirs du substitut à cette fin. Cet exercice malicieux ne peut être accidentel : il doit être délibéré. Ainsi s’exprimait le juge Lamer dans l’arrêt *Nelles* (aux p. 196-197) : « Il ne s’agit pas d’une simple évaluation rétrospective de la sagesse de la décision du procureur de la Couronne d’engager des poursuites; mais plutôt l’exercice délibéré et malveillant de ses pouvoirs pour des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant » (je souligne).

217 This standard, the deliberate and malicious use of the office, is a high and clear one, in that it calls for proof of the subjective intent of the prosecutor

Cette norme de l’exercice délibéré et malveillant est élevée et claire puisqu’elle exige la preuve de l’intention subjective du substitut-procureur d’agir

to act out of malice or with an improper purpose by perverting the power of the office. It must be applied strictly, and we must avoid any interpretation that leaves any room for uncertainty in its application.

Thus a Crown attorney will not be personally uncertain as to whether a violation has occurred and his independence to decide and act according to his good judgment and the means available will be protected. Moreover, individuals will be spared involvement in pointless legal proceedings that could interfere with the proper administration of justice.

(i) Appellant's Argument

The appellant contends that the Crown attorney was looking for a conviction at any cost, and, therefore, that he acted with an improper purpose. He recites a number of facts in support of his argument.

The appellant asserted that the prosecution had a personal character, since the appellant had brought action in 1991 against Tardif, the retired investigator, and a journalist at CHRC for damages caused to the appellant by the defamatory statements they had allegedly made. The appellant alleged in that case that they had spread rumours publicly that he was guilty of the murder of France Alain.

The appellant relied first on the initial identification session in which Mr. Paquet participated, at which the police officer suggested the appellant's name, showed the witness only one photograph and argued with him when he denied recognizing the appellant. The appellant also impugned the second identification session at which Mr. Paquet was shown eight photographs, all of the appellant. In the appellant's submission, that identification session was utterly malicious, subjective and biased; he said that the Crown attorney knew the circumstances in which the first session had been held and he approved it nonetheless.

The appellant also impugned the conduct of the Crown attorney during argument, including his use of the tape recorded conversation between the

par malice ou dans un but illégitime par détournement de pouvoir. Elle doit être appliquée de façon stricte et on doit se garder d'une interprétation donnant ouverture à une incertitude dans son application.

Ainsi, le procureur ne pourra être lui-même dans l'incertitude quant à une violation, et son indépendance de décider et d'agir selon son bon jugement et ses moyens sera sauvegardée. D'autre part, on évitera au justiciable de s'engager dans des recours en justice futiles et susceptibles de nuire à sa bonne administration.

(i) Prétentions de l'appelant

L'appelant prétend que le substitut désirait obtenir une condamnation à tout prix et, partant, qu'il a agi dans un but illégitime. Il cite plusieurs faits au soutien de sa prétention.

L'appelant fait valoir que la poursuite avait un caractère personnel, l'ancien enquêteur Tardif et un journaliste de la station CHRC faisant l'objet, en 1991, de poursuites en dommages-intérêts de la part de l'appelant à la suite des propos diffamatoires qu'ils auraient tenus. Dans cette instance, l'appelant leur reprochait d'avoir colporté publiquement qu'il était coupable du meurtre de France Alain.

L'appelant s'en remet d'abord à la première séance d'identification à laquelle a pris part le témoin Paquet, lors de laquelle le policier a suggéré le nom de l'appelant, n'a montré au témoin qu'une seule photo et a argumenté avec lui lorsqu'il a nié reconnaître l'appelant. L'appelant attaque aussi la seconde séance d'identification où l'on a présenté huit photos au témoin Paquet, toutes de l'appelant. Cette séance d'identification, selon l'appelant, est des plus malicieuses, subjectives et biaisées; il affirme que le substitut connaissait les circonstances dans lesquelles la première séance avait été tenue et qu'il l'a néanmoins endossée.

L'appelant s'attaque également au comportement du substitut lors des plaidoiries, y compris l'utilisation qu'il fait de la conversation enregistrée entre le

218

219

220

221

222

victim's father and the appellant, to show that the Crown attorney was acting in pursuit of an improper purpose.

(ii) Respondent's Argument

223 The respondent argued that there was no evidence from which it could be concluded that the Crown attorney had adopted a conduct that denoted a desire to cause harm and an intent to cause prejudice to the appellant or to divert the process of the criminal justice system from its proper purposes. The respondent is of the view that, in this case, the Crown attorney had a sincere conviction of the appellant's guilt in his mind. In his submission, the evidence offers no support for the conclusion that the Crown attorney acted with the sinister purpose of obtaining a conviction with disregard for the law.

(iii) Analysis

224 If suspicion and supposition there be, this is where they are found: there is simply no evidence of malice. On this point, I would refer to the appellant's assertions concerning the Crown attorney's malice.

225 With respect to the first allegation against the Crown attorney, the mere fact that he authorized the laying of a criminal charge which resulted in a verdict of acquittal cannot support the conclusion that there was malice on the part of the Crown attorney. For one thing, this would be completely contrary to the standard of conduct set out in *Nelles*; for another, it would place an obligation on the Crown attorney in respect of the result, and there is no justification for this here. In addition, a standard of that nature would amount to denying the Crown attorney any immunity.

226 The complaint on which the appellant mainly focused relates to the Crown attorney's lack of reasonable and probable grounds for laying the criminal charge, which he characterized as "improper purpose". I shall not revisit the question of whether there were reasonable and probable grounds here, as I have addressed it fully, other than to say that my conclusion on that point rules out the possibility that the Crown attorney was pursuing any "improper purpose" on this ground.

père de la victime et l'appellant, pour démontrer que celui-ci poursuivait un but illégitime.

(ii) Prétentions de l'intimé

L'intimé avance pour sa part qu'aucune preuve ne permet de conclure que le substitut a adopté un comportement dénotant un désir de nuire et une volonté de causer un préjudice à l'appellant ou de détourner de ses fins légitimes le processus de justice criminelle. L'intimé estime qu'en l'espèce le substitut avait dans son esprit une conviction sincère en la culpabilité de l'appellant. La preuve, selon lui, ne supporte aucunement la conclusion que le substitut aurait agi dans le sombre dessein d'obtenir une condamnation au mépris du droit.

(iii) Analyse

Si soupçons et hypothèses il y a, ils se retrouvent à ce chapitre : de preuve, point. À cet égard, je reprendrai les affirmations de l'appellant concernant l'intention malicieuse du substitut.

Quant au premier grief reproché au substitut, le seul fait d'autoriser le dépôt d'une accusation criminelle dont l'issue est un verdict d'acquiescement ne saurait permettre de conclure à une intention malicieuse de la part du substitut. Ce serait, d'une part, tout à fait contraire à la norme de conduite de l'arrêt *Nelles* et, d'autre part, créer une obligation de résultat envers le substitut, nullement justifiée en la matière. En plus, une telle norme équivaldrait à nier au substitut toute immunité.

Le grief auquel s'attarde le plus l'appellant a trait à l'absence de motifs raisonnables et probables du substitut pour porter l'accusation criminelle qu'il qualifie de « but illégitime ». Je ne reviendrai pas ici sur l'existence de motifs raisonnables et probables, dont j'ai amplement discuté, si ce n'est pour dire que ma conclusion à cet égard écarte tout « but illégitime » qu'aurait poursuivi le substitut de ce chef.

The appellant referred to the publicity surrounding the defamation action that he brought against various people, including Tardif, the investigator, and André Arthur, the radio host, who, the appellant alleged, had spread the rumour that he was guilty of the murder of France Alain. He suggested that the Crown attorney acted only to calm the public clamouring, with disregard for the rights of the appellant.

The Crown attorney had nothing to do with the defamation action, and there is nothing in the evidence to connect him to that action, directly or indirectly. The evidence in the record establishes that it was Mr. Paquet's coming forward that influenced the conduct of the Crown attorney, and not the publicity surrounding the civil defamation action.

While it is true that Mr. Paquet first went, on his own initiative, to CHRC, where André Arthur was working at the time, the Crown attorney cannot be criticized for this, as Mr. Paquet was completely unknown to him at the time.

In addition, contrary to the hypotheses stated by my colleagues Iacobucci and Binnie JJ. concerning the alleged collusion between Mr. Paquet and Messrs. Arthur and Tardif, there is not an iota of evidence in the record that could connect Mr. Paquet to Mr. Arthur. When he was questioned on that point, Mr. Paquet testified: [TRANSLATION] "No, I have never spoken to him, I have never seen him in a restaurant, I have never, on any occasion, I have never spoken to him directly". I would point out that neither Mr. Paquet's credibility nor his good faith was ever doubted throughout this entire saga.

Relying on a brief three-page summary, my colleagues reach the conclusion that it was the media uproar surrounding the defamation action against Mr. Arthur and others that prompted Mr. Paquet to approach the CHRC radio station rather than the police. However, that statement needs to be considered in the context of Mr. Paquet's entire testimony, both at the criminal trial (102 pages) and at the civil trial (91 pages). When he was questioned by counsel for the appellant at the civil

L'appelant fait état de la publicité qui a entouré l'action en diffamation qu'il a intentée contre diverses personnes, dont l'enquêteur Tardif et l'animateur de radio André Arthur qui, selon les allégations de l'appelant, auraient fait courir le bruit qu'il était coupable du meurtre de France Alain. Il laisse entendre que le substitut n'a agi que pour calmer la clameur publique au mépris des droits de l'appelant.

Le substitut était totalement étranger à la poursuite en diffamation et rien dans la preuve ne le rattache de près ou de loin à cette poursuite. La preuve au dossier établit que c'est l'apparition du témoin Paquet qui a influencé le comportement du ministre public et non pas la publicité entourant l'action civile en diffamation.

S'il est exact que le témoin Paquet s'est d'abord adressé de son propre chef au poste CHRC, où travaillait à l'époque André Arthur, on ne saurait en faire reproche au substitut qui l'ignorait complètement.

De plus, contrairement aux hypothèses que formulent mes collègues les juges Iacobucci et Binnie relativement à la collusion qui aurait existé entre le témoin Paquet et MM. André Arthur et Tardif, il n'y a pas un iota de preuve au dossier susceptible de relier M. Paquet à M. Arthur. Lorsqu'interrogé à cet égard, M. Paquet témoigne : « Non, je ne lui ai jamais parlé, je ne l'ai jamais vu dans un restaurant, je n'ai jamais, à quelque occasion que ce soit, je ne lui ai jamais parlé directement. » Je rappelle que la crédibilité de M. Paquet n'a jamais été mise en doute non plus que sa bonne foi dans toute cette histoire.

Se basant sur une déclaration sommaire de trois pages, mes collègues en tirent la conclusion que c'est le brassage médiatique autour de la poursuite en diffamation contre M. Arthur et autres qui a incité M. Paquet à s'adresser au poste CHRC plutôt qu'à la police. Il y a lieu, toutefois, de replacer cette déclaration dans le contexte de l'ensemble des témoignages de M. Paquet tant au procès criminel (102 pages) qu'au procès civil (91 pages). Interrogé par le procureur de l'appelant, lors du procès

227

228

229

230

231

trial, Mr. Paquet testified that he had gone to CHRC in 1991 because he had in the past recounted to the Sainte-Foy police his encounter on the evening of the murder, and told them: [TRANSLATION] “I saw a bearded man at such a time and in such a place”, and that on that occasion he had left his contact information with the constables, who never called him back.

232 When he testified at the civil trial on March 7, 1997, and was examined by counsel for the appellant concerning the reason why he did not go to the police on the morning that he visited CHRC, Mr. Paquet replied: [TRANSLATION] “I had already been there.” This is the context in which he came forward a second time, in February 1991, when he saw a photograph in the newspaper, and said that he had recognized the bearded man he had encountered on the evening of the murder. He then decided to go to the radio station on his own initiative. There, he met with a young trainee who introduced him to the journalist, Christian Thibault. After telling him about the encounter in question, he asked that they call him back. It was after that visit that Tardif, the investigator, contacted him and went to interview him at home, and it was Mr. Tardif to whom Mr. Paquet gave a complete tape recorded statement, which Mr. Tardif gave to the Sainte-Foy police.

233 There is no evidence that the Crown attorney was aware of these facts before he was informed of them, later, by Mr. Tardif. The evidence is actually to the contrary. How then, in the total absence of any evidence, can the appellant connect the Crown attorney to the attention given to his defamation action in the media?

234 As I noted earlier, Mr. Paquet was unknown to all of the players in this case at the time of that appeal. He was a stranger to the process: he was not sought out by any party to the process. He was a party neither to the coroner’s inquest nor to the police investigation; the Crown attorney was unaware of his existence. His good faith and his credibility were subsequently tested and were never doubted.

235 With respect to the Crown attorney, it was only at the request of his superiors that he reopened the

civil, M. Paquet témoigne à l’effet que s’il s’est adressé au poste de radio CHRC en 1991, c’est qu’il avait déjà auparavant averti les policiers de Sainte-Foy de sa rencontre le soir du meurtre en leur disant : « j’ai vu un barbu telle heure, tel endroit » et qu’à cette occasion il avait laissé ses coordonnées aux constables qui ne l’ont jamais rappelé.

Lors de son témoignage au procès civil, le 7 mars 1997, alors qu’interrogé par l’avocat de l’appelant sur la raison pour laquelle il ne s’était pas adressé à la police le matin de sa visite au poste CHRC, M. Paquet a répondu: « J’y avais déjà été. » C’est dans ce contexte qu’il s’est manifesté une seconde fois en février 1991 lorsqu’il a vu une photo dans le journal et a dit avoir reconnu le barbu qu’il avait rencontré le soir du meurtre. Il a alors décidé de se rendre de son propre chef au poste de radio. Il y a alors rencontré un jeune stagiaire qui lui a présenté le journaliste Christian Thibault. Après lui avoir mentionné la rencontre en question, il a demandé qu’on le rappelle. C’est suite à cette visite que l’enquêteur Tardif a pris contact avec lui et est venu le rencontrer chez lui et auquel M. Paquet a donné une déclaration complète enregistrée, déclaration que M. Tardif a remise à la police de Sainte-Foy.

Il n’y a aucune preuve que le substitut ait été au courant de ces faits avant d’en être informé subséquentement par l’enquêteur Tardif. La preuve est plutôt à l’effet contraire. Comment l’appelant peut-il alors, en l’absence totale de preuve, relier le substitut à la médiatisation de son action en diffamation?

Comme je l’ai déjà mentionné, M. Paquet est un inconnu de tous les intervenants dans ce dossier au moment de cet appel. Il est étranger au procès : il n’a été sollicité par aucune partie au procès. Il n’a été partie ni à l’enquête du coroner, ni à l’enquête policière; le substitut ignorait son existence. Sa bonne foi et sa crédibilité ont été testées par la suite et n’ont jamais été mises en doute.

En ce qui concerne le substitut, c’est uniquement à la demande de ses supérieurs qu’il a repris le dos-

case, and here again, with some reluctance and, given the evidence, with no great enthusiasm. In those circumstances, and given that the appellant has failed to provide any other evidence, it cannot be concluded that the publicity in question had any connection with the conduct of the Crown attorney, let alone with any malice on his part.

The appellant also attacked the identification session that Mr. Tardif had Mr. Paquet attend. At that time, Mr. Tardif was no longer in charge of the investigation for the Sainte-Foy police; he was never employed by the Attorney General. He was quite simply retired. Here again, the conduct of Mr. Tardif, the investigator, whatever it may have been, cannot be connected to the Attorney General, from whom he had received no mandate, nor to the Crown attorney, from whom he had received no instructions and who was even unaware of the existence of the new witness. Certainly the identification could have been conducted differently, but the charge was laid based on the circumstantial evidence, one element of which was the identification made by Mr. Paquet. In addition, the case law relating to the admissibility of improper identification evidence is very liberal.

The Crown attorney cannot be criticized for the acts of an officer who was at that time retired from the Sainte-Foy police (and certainly no malice can be found on the Crown attorney's part based on those acts), when the Crown attorney was unaware of those acts, for which Mr. Tardif had received no mandate from the Crown attorney. There is nothing particularly surprising about the fact that the Attorney General, through the Sainte-Foy police, subsequently obtained Mr. Tardif's services to pursue the investigation: he was the one who had conducted the entire investigation in this case from the beginning. It was logical for him to pursue the investigation rather than assigning it to another investigator who knew nothing at all about the case.

With respect to the identification of the appellant by Mr. Paquet, I share the opinion of Beauregard J.A. (at p. 434):

[TRANSLATION] . . . even if the value of the identification made by Paquet was doubtful in itself, the prosecutor,

sier et, encore là, avec une certaine hésitation et, suivant la preuve, sans grand enthousiasme. Dans ces circonstances, l'appelant n'ayant apporté aucun autre élément de preuve, on ne saurait conclure que la publicité en question a quelque rapport avec la conduite, encore moins une quelconque intention malicieuse du substitut.

L'appelant s'en prend aussi à la séance d'identification de M. Paquet par l'enquêteur Tardif. À cette époque, M. Tardif n'était plus chargé de cette enquête pour la police de Sainte-Foy; il n'a jamais été à l'emploi du procureur général. Il était tout simplement retraité. Encore là, on ne saurait relier la conduite de l'enquêteur Tardif, quelle qu'elle soit, au procureur général dont il n'avait reçu aucun mandat ni au substitut, dont il n'avait reçu aucune instruction et qui ignorait même l'existence du nouveau témoin. Certes, l'identification aurait pu être conduite de façon différente, mais l'accusation a été portée à partir d'éléments de preuve circonstancielle dont l'un des éléments était l'identification faite par le témoin Paquet. De plus, la jurisprudence en matière d'admissibilité d'une preuve d'identification irrégulière est très libérale.

On ne saurait reprocher au substitut (et encore moins y voir une intention malicieuse) les gestes posés par un agent, alors retraité de la police de Sainte-Foy, gestes que le substitut ignorait et pour lesquels l'enquêteur Tardif n'avait reçu aucun mandat du substitut. Que le procureur général ait ensuite, par l'entremise de la police de Sainte-Foy, obtenu les services de l'enquêteur Tardif pour poursuivre l'enquête n'a rien de bien surprenant : c'était lui qui avait mené toute l'enquête dans ce dossier dès le début. Il était logique qu'il poursuive l'enquête plutôt que de la confier à un autre enquêteur aucunement au courant du dossier.

En ce qui concerne l'identification de l'appelant par le témoin Paquet, je partage l'opinion du juge Beauregard (à la p. 434) :

. . . même si la valeur de l'identification que faisait Paquet était en soi douteuse, le substitut, à tort ou à raison, mais

236

237

238

rightly or wrongly but in good faith, was of the opinion that Paquet's story and the other evidence then in hand provided mutual corroboration. With respect for the contrary opinion, I am of the view that the prosecutor did not exhibit malice within the meaning of *Nelles*. The prosecutor acted in good faith, and given Paquet's story and the other evidence, I cannot say that there was a *patent* absence of the reasonable and probable grounds needed for authorizing the laying of the information. [Emphasis in original.]

239

The appellant contends that the Crown attorney's use of the conversation between the victim's father and the appellant in his argument at trial was malicious. I have discussed the admissibility of that conversation at the time it was recorded, and I will not revisit that question. If, as the Crown attorney believed at that time, the tape recording of that conversation was admissible in evidence, and since it had then been ruled admissible by the trial judge, the Crown attorney was entitled to invite the jury to replace the pronoun "he" with the pronoun "P" and cannot be criticized for doing so, since in so doing he was inviting the jury to [TRANSLATION] "conclude that only the perpetrator of the crime could have talked like that", as Brossard J.A. pointed out (p. 440). In any event, there is no indication of malice on the part of the Crown attorney in making that argument.

240

There is one other fact that seems to me to be of considerable importance in examining malice, which does not appear to have attracted the attention of the Court of Appeal. The Crown attorney was not handling this case alone; rather, he was handling it with the full knowledge of his colleagues and his superiors, whom he consulted. The Crown attorney, who became counsel in this case only in 1986, was informed by his superiors that he had to meet with Mr. Paquet. He took [TRANSLATION] "that event and that witness with a twenty-five-foot pole because, obviously, [he] had a lot of reservations". After the March 11 session with Mr. Paquet, the Crown attorney informed his superiors about the events in question and asked to be relieved of his day-to-day responsibilities [TRANSLATION] "so that [he] could sift through the case from top to bottom". Before authorizing the laying of a murder charge against the appellant, the Crown attorney consulted

de bonne foi, fut d'avis que la version de Paquet et les autres éléments de preuve qui étaient alors présents se corroboraient mutuellement. Avec égards pour l'opinion contraire, je suis d'avis qu'en cela le substitut n'a pas fait montre de malveillance au sens de l'arrêt *Nelles*. Le substitut était de bonne foi et, devant la version de Paquet et les autres éléments de preuve, je ne peux dire qu'il y avait absence *manifeste* de motifs raisonnables et probables nécessaires à l'autorisation du dépôt de la dénonciation. [En italique dans l'original.]

L'appellant tient pour malicieuse l'utilisation que le substitut fait, lors de sa plaidoirie au procès, de la conversation entre le père de la victime et l'appellant. J'ai déjà discuté de l'admissibilité de cette conversation à l'époque de son enregistrement et je n'y reviendrai pas. Si, comme le croyait le substitut à l'époque, l'enregistrement de cette conversation était admissible en preuve, et comme elle avait alors été déclarée admissible par le juge du procès, le substitut pouvait inviter le jury à remplacer le pronom « il » par le pronom « je » sans qu'on le lui reproche puisque, ce faisant, il invitait le jury à « conclure que seul l'auteur du crime pouvait parler de la sorte » comme le souligne le juge Brossard (p. 440). De toute façon, cette plaidoirie ne révèle aucune intention malicieuse de la part du substitut.

Il y a un autre fait qui me paraît avoir une grande importance dans l'examen de l'intention malicieuse et qui semble ne pas avoir retenu l'attention de la Cour d'appel; c'est que le substitut n'a pas géré seul ce dossier, mais qu'il l'a fait au vu et su de ses collègues et de ses supérieurs qu'il a consultés. Le substitut, devenu le procureur au dossier seulement en 1986, a été informé par ses supérieurs qu'il devait rencontrer le témoin Paquet. Il a pris « une perche de vingt-cinq (25) pieds, avec cet événement-là et avec ce témoin-là, parce qu'[il] avai[t], évidemment, beaucoup de réserve ». Après la séance du 11 mars avec le témoin Paquet, le substitut a informé ses supérieurs des événements en question et a demandé d'être dégagé de ses responsabilités quotidiennes « afin de pouvoir éplucher le dossier de long en large ». Avant d'autoriser le dépôt de l'accusation de meurtre contre l'appellant, le substitut a consulté ses collègues

his colleagues for about two hours, and followed the manual of guidelines relating to authorizing charges.

When examined objectively, the conduct of the Crown attorney in this case comes nowhere near the threshold required in order for relative immunity to be lifted, under the tests in *Nelles*.

In short, there is not an iota of evidence that the Crown attorney acted for personal purposes, out of vengeance or ill-will toward the appellant, in bad faith or beyond his mandate for improper purposes, or that he committed a fraud on the law. The fact that he may have lacked perspicacity in failing to anticipate all of the difficulties that arose at the trial does not get us to the rigorous threshold laid down in *Nelles* for lifting the relative immunity enjoyed by the Attorney General and by Crown attorneys in such matters. A careful examination of the facts in evidence in the civil action leads me to conclude that the Crown attorney acted within the bounds of his functions as a public officer, by prosecuting an individual whom he believed, in good faith, to be guilty of a crime. He was entitled to believe, at that time, that he had sufficient reasonable and probable grounds to charge him. It should not be forgotten that there was only circumstantial evidence. The burden of showing that the Crown attorney acted with malice in laying the criminal charge rested on the appellant, and in my opinion he has failed to meet that burden. (See on this point a similar conclusion in *Perron v. Québec (Procureur général)*, [2000] Q.J. No. 4700 (QL) (Sup. Ct.), at para. 950.)

The appellant has failed to prove that he was prosecuted maliciously for the murder of France Alain, and so the Attorney General and the Crown attorney, who enjoy the immunity in this respect conferred on them by *Nelles*, cannot be found to have any extra-contractual civil liability.

VI. Conclusion

Considering that the extra-contractual civil liability of the Attorney General of Quebec and of the Crown attorney for malicious prosecution is part of the public law of Quebec;

pendant à peu près deux heures et il s'est conformé au manuel de directives relativement à l'autorisation des plaintes.

J'estime qu'examinée objectivement, la conduite du substitut dans cette affaire n'atteint aucunement le seuil requis pour la levée de l'immunité relative suivant les critères de l'arrêt *Nelles*.

En somme, il n'y a pas un iota de preuve que le substitut ait agi pour ses fins personnelles, par vengeance ou inimitié envers l'appellant, de mauvaise foi, hors de son mandat pour des fins impropres, ou qu'il ait commis une fraude à la loi. Qu'il ait manqué de perspicacité en ne prévoyant pas tous les incidents du procès n'atteint pas le seuil exigeant que pose l'arrêt *Nelles* pour lever l'immunité relative dont jouissent le procureur général et ses substituts en ces matières. Un examen attentif des faits mis en preuve lors de la poursuite civile m'amène à conclure que le substitut a agi dans le cadre de ses fonctions d'officier public, en poursuivant un individu qu'il croyait, de bonne foi, coupable d'un crime. Il était en droit de croire, à l'époque, qu'il y avait des motifs raisonnables et probables suffisants pour l'inculper. On ne doit pas ignorer ici qu'il s'agissait uniquement d'une preuve circonstancielle. Le fardeau de démontrer que le substitut a agi avec une intention malicieuse en déposant l'accusation criminelle appartenait à l'appellant et, à mon avis, il a échoué à cet égard. (Voir à cet égard une conclusion similaire dans *Perron c. Québec (Procureur général)*, [2000] J.Q. n° 4700 (QL) (C.S.), par. 950.)

L'appellant n'ayant pas fait la preuve qu'il a été poursuivi abusivement pour le meurtre de France Alain, aucune responsabilité civile extra-contractuelle ne saurait être retenue contre le procureur général et son substitut qui jouissent à cet égard de l'immunité qui leur a été reconnue par l'arrêt *Nelles*.

VI. Conclusion

Considérant que la responsabilité civile extra-contractuelle du procureur général du Québec et de ses substituts en matière de poursuites abusives relève du droit public au Québec;

241

242

243

244

- 245 Considering that the public law of Quebec in this matter is governed by the public common law;
- 246 Considering that the decision in *Nelles* applies integrally in Quebec to malicious prosecution by the Attorney General and Crown attorneys;
- 247 Considering that as a consequence, the Attorney General and Crown attorneys enjoy relative immunity in respect of such actions;
- 248 Considering the protection that this immunity confers against extra-contractual civil liability for malicious prosecution;
- 249 Considering that the facts alleged against the Attorney General and the Crown attorney in this case do not meet the test set out in *Nelles*, having regard to the role and duties of the Attorney General and of Crown attorneys in respect of prosecutions, as well as the evidence in the record that establishes that, at the time the prosecution was initiated, the Crown attorney could reasonably have believed that he had reasonable and probable grounds to charge the appellant, and that he did not act with malice;
- 250 I would, therefore, affirm the majority decision of the Court of Appeal and I would dismiss the appeal. Like the Court of Appeal, I would do so without costs.

Appeal allowed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau Du Moulin, Québec.

Solicitors for the respondent: Saint-Laurent, Gagnon, Québec.

Considérant que le droit public du Québec en la matière est régi par la common law de droit public;

Considérant que l'arrêt *Nelles* s'applique intégralement au Québec pour poursuites criminelles abusives de la part du procureur général et de ses substituts;

Considérant qu'en conséquence le procureur général du Québec et ses substituts jouissent d'une immunité relative en ce qui concerne ces poursuites;

Considérant la protection que procure cette immunité contre la responsabilité civile extra-contractuelle pour poursuites criminelles abusives;

Considérant que les faits ici reprochés au procureur général et à son substitut ne rencontrent pas les critères de l'arrêt *Nelles*, compte tenu du rôle et des devoirs du procureur général et de ses substituts en ce qui a trait aux poursuites criminelles, ainsi que de la preuve au dossier établissant qu'à l'époque du dépôt de la poursuite le substitut pouvait raisonnablement croire qu'il avait des motifs raisonnables et probables suffisants pour inculper l'appellant et qu'il n'a pas agi avec une intention malicieuse;

En conséquence, je confirmerais l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel et je rejetterais l'appel. À l'instar de la Cour d'appel, je le ferais sans frais.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et BASTARACHE sont dissidents.

Procureurs de l'appellant : Fasken Martineau Du Moulin, Québec.

Procureurs de l'intimé : Saint-Laurent, Gagnon, Québec.

Law Society of British Columbia
Appellant

v.

**Jaswant Singh Mangat, Westcoast
Immigration Consultants Ltd., and
Jill Sparling** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada,
the Attorney General for Ontario,
the Attorney General of Manitoba,
the Attorney General of British Columbia,
the Organization of Professional Immigration
Consultants, the Canadian Bar Association
and the Association of Immigration Counsel
of Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA
v. MANGAT**

Neutral citation: 2001 SCC 67.

File No.: 27108.

2001: March 21; 2001: October 18.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

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

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Paramountcy doctrine — Naturalization and aliens — Property and civil rights — Practice of law — Federal immigration legislation allowing non-lawyers to appear as counsel for a fee before Immigration and Refugee Board — Provincial legislation prohibiting non-lawyers from appearing for a fee before a tribunal — Whether subject matter of federal legislation falling within both Parliament's jurisdiction over naturalization and aliens and provincial jurisdiction over civil rights — If so, whether provincial legislation inoperative — Constitution Act, 1867, ss. 91(25), 92(13) — Immigration Act, R.S.C. 1985,

Law Society of British Columbia
Appelante

c.

**Jaswant Singh Mangat, Westcoast
Immigration Consultants Ltd. et
Jill Sparling** *Intimés*

et

**Le procureur général du Canada,
le procureur général de l'Ontario,
le procureur général du Manitoba,
le procureur général de la Colombie-
Britannique, l'Organization of Professional
Immigration Consultants, l'Association
du Barreau canadien et l'Association of
Immigration Counsel of Canada**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA
c. MANGAT**

Référence neutre : 2001 CSC 67.

N^o du greffe : 27108.

2001 : 21 mars; 2001 : 18 octobre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Règle de la prépondérance — Naturalisation et aubains — Propriété et droits civils — Exercice du droit — Loi fédérale en matière d'immigration autorisant des non-avocats à comparaître en qualité de procureur rétribué devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Loi provinciale interdisant aux non-avocats de comparaître en qualité de procureur rétribué devant un tribunal administratif — La matière visée par la loi fédérale relève-t-elle à la fois de la compétence du Parlement relative à la naturalisation et aux aubains et de la compétence provinciale concernant les droits civils? — Dans l'affirmative, la loi provinciale est-elle

c. 1-2, ss. 30, 69(1) — Legal Profession Act, S.B.C. 1987, c. 25, s. 26.

The respondent M was an immigration consultant carrying on his work through an immigration consulting company ("Westcoast"). He had not studied law in Canada and was not a member of the B.C. Law Society. M and other Westcoast employees engaged in a number of activities involving immigration proceedings, including appearing as counsel or advocate on behalf of aliens, for or in the expectation of a fee from the persons for whom the acts were performed, before the Immigration and Refugee Board ("IRB"). The Law Society brought an application seeking a permanent injunction against M and Westcoast to prevent them from engaging in the ongoing practice of law, in contravention of the B.C. *Legal Profession Act*. M and Westcoast admitted that they were engaged in the practice of law within the meaning of s. 1 of the *Legal Profession Act*, but contended that their conduct was sanctioned by ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act*, which permit non-lawyers to appear on behalf of clients before the IRB. The judge issued the injunction on the grounds that ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act* did not authorize the practice of law. Alternatively, she would have granted the injunction on the basis that the provisions were *ultra vires* Parliament. The Court of Appeal set aside the injunction. The central issues raised by this appeal are whether ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act* are *intra vires* Parliament, and whether s. 26 of the *Legal Profession Act*, which prohibits a person, other than a member of the Law Society in good standing or a person listed in the exceptions, to engage in the practice of law, is constitutionally inoperative to persons acting under ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act* and its associated Rules and Regulations. In this Court, the respondent S was added to the proceedings on the basis that she is an immigration consultant and was engaged in the same activities as M, given that M became a member of the Alberta Law Society soon after leave to appeal was granted by this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

The pith and substance of ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act* is the granting of certain rights to aliens in the immigration administrative process. The provisions provide rights to aliens to be represented in proceedings before the Adjudication and the Refugee Divisions by either barristers or solicitors or other counsel for a fee.

inopérante? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(25), 92(13) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. 1-2, art. 30, 69(1) — Legal Profession Act, S.B.C. 1987, ch. 25, art. 26.

L'intimé M était un consultant en immigration qui offrait ses services par l'intermédiaire d'une société d'experts-conseils en immigration (« Westcoast »). Il n'avait pas étudié le droit au Canada et n'était pas membre du Barreau de la Colombie-Britannique. M et d'autres employés de Westcoast se livraient à plusieurs activités concernant des procédures en matière d'immigration. Ils comparaissaient notamment à titre de conseils ou d'avocats pour le compte d'étrangers devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (« CISR »), dans le but ou dans l'espoir d'obtenir une rétribution. Le Barreau a déposé une demande d'injonction permanente contre M et Westcoast afin de les empêcher d'exercer le droit contrairement à la *Legal Profession Act* de la Colombie-Britannique. M et Westcoast ont admis qu'ils exerçaient le droit au sens de l'art. 1 de la *Legal Profession Act*, mais ont soutenu que leur conduite était sanctionnée par l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* qui permettent à des non-avocats de comparaître pour le compte de clients devant la CISR. Le juge a délivré l'injonction sollicitée pour le motif que l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* n'autorisaient pas l'exercice du droit. Subsidiairement, le juge aurait accordé cette injonction pour le motif que les dispositions en cause excédaient la compétence du Parlement. La Cour d'appel a annulé l'injonction. Dans le présent pourvoi, il s'agit principalement de déterminer si l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* relèvent de la compétence du Parlement et si l'art. 26 de la *Legal Profession Act*, qui interdit l'exercice du droit à toute personne autre qu'un membre en règle du Barreau ou qu'une personne figurant dans la liste d'exceptions, est inopérant du point de vue constitutionnel à l'égard des personnes agissant en vertu de l'art. 30 et du par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* et ses textes d'application. En notre Cour, l'intimée S a été ajoutée à l'instance pour le motif qu'elle est consultante en immigration et qu'elle se livre aux mêmes activités que M, étant donné que M est devenu membre du Barreau de l'Alberta peu après que l'autorisation de pourvoi devant notre Cour eut été accordée.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

De par leur caractère véritable, l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* ont pour objet d'accorder certains droits aux étrangers dans le processus administratif d'immigration. Ils leur confèrent le droit de se faire représenter, moyennant rétribution, par un avocat ou un autre conseil dans les procédures devant la section

They also allow aliens to have the benefit of the documents prepared by such counsel for use in these proceedings and to be advised on matters relevant to their case prior to the proceedings. Determining whom aliens may choose to represent them before the Adjudication Division and the Refugee Division pertains to the procedural rights of those individuals in quasi-judicial proceedings. Such a matter falls within Parliament's jurisdiction over naturalization and aliens pursuant to s. 91(25) of the *Constitution Act, 1867*. The federal legislative jurisdiction in the field of aliens and naturalization includes the power to establish a tribunal like the IRB since that jurisdiction includes the power to make decisions as to who constitutes an alien and who ought to be naturalized. Flowing from this jurisdiction is the authority to provide for the powers of such a tribunal and its procedure including that of appearance before it.

The subject matter of ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act* also falls within the provincial jurisdiction over civil rights in the province. Sections 30 and 69(1) relate to the legal profession and therefore to professions in general. The provinces have legislative authority to regulate the practice of law under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* as part of their jurisdiction over professional regulation. Lawyers are an integral part of the administration of justice, and thus to that extent provincial legislation in relation to lawyers may very well derive its authority from s. 92(14) as much as s. 92(13). Insofar as appearing before the IRB in the capacity of counsel involves the practice of law, the subject matter is as much covered by s. 26 of the *Legal Profession Act* as it is by ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act*.

Since the subject matter of the representation of aliens by counsel before the IRB has federal and provincial aspects, the federal and provincial statutes and rules or regulations in this regard will coexist insofar as there is no conflict. Where there is a conflict, the federal legislation will prevail according to the paramountcy doctrine. The existence of a double aspect to the subject matter of ss. 30 and 69(1) favours the application of the paramountcy doctrine rather than the doctrine of interjurisdictional immunity. The application of the paramountcy doctrine safeguards the control by Parliament over the administrative tribunals it creates. At the same time, it preserves the principle of a unified control of the legal profession by the various law societies throughout Canada. Immigration in general is subject to a joint federal and provincial jurisdiction. Section 95 of the *Constitution Act, 1867* establishes this and itself contains

d'arbitrage et la section du statut. Ils permettent également aux étrangers de bénéficier des documents que le conseil ou conseiller en question a préparés en vue des procédures, et d'obtenir des avis sur des questions pertinentes quant à leur dossier, avant l'ouverture de ces procédures. La question de savoir qui les étrangers peuvent choisir pour les représenter devant la section d'arbitrage et la section du statut ressortit aux droits procéduraux qu'ils possèdent en matière quasi judiciaire. Cette matière relève de la compétence relative à la naturalisation et aux aubains que le Parlement possède en vertu du par. 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La compétence législative fédérale dans le domaine de la naturalisation et des aubains comporte le pouvoir d'établir un tribunal comme la CISR, étant donné qu'elle inclut le pouvoir de décider qui est un étranger et qui devrait être naturalisé. La capacité de prescrire les pouvoirs d'un tel tribunal et sa procédure, dont la procédure de comparution devant lui, découle de cette compétence.

La matière visée par l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* relève également de la compétence provinciale relative aux droits civils dans la province. Ces dispositions ont trait à la profession juridique et donc aux professions en général. Dans le cadre de leur compétence en matière de réglementation des professions, les provinces ont le pouvoir de réglementer l'exercice du droit en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les avocats font partie intégrante de l'administration de la justice; dans cette mesure, le pouvoir des provinces d'adopter des lois relatives aux avocats peut donc tout aussi bien découler du par. 92(14) que du par. 92(13). Dans la mesure où elle comporte l'exercice du droit, la comparution devant la CISR en qualité de conseil ou conseiller est autant visée par l'art. 26 de la *Legal Profession Act* que par l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration*.

Étant donné que la représentation des étrangers par un conseil ou conseiller devant la CISR comporte un aspect fédéral et un aspect provincial, dans ce domaine, les lois fédérales et les lois provinciales ainsi que leurs textes d'application respectifs coexistent dans la mesure où ils n'entrent pas en conflit. En cas de conflit, la loi fédérale l'emportera conformément à la règle de la prépondérance. Le fait que la matière visée à l'art. 30 et au par. 69(1) comporte un double aspect joue en faveur de l'application de la règle de la prépondérance plutôt que de celle de l'exclusivité des compétences. L'application de la règle de la prépondérance préserve le contrôle du Parlement sur les tribunaux administratifs qu'il crée. En même temps, elle préserve le principe du contrôle unifié de la profession juridique par les divers barreaux au Canada. L'immigration relève en général de la compétence concurrente du fédéral et des provinces. C'est ce qu'établit l'art. 95 de

a paramountcy provision. There is no clear boundary between the federal and provincial jurisdiction in this matter generally.

In this case, there is a conflict between the two statutes. Sections 30 and 69(1) of the *Immigration Act* authorize non-lawyers to appear for a fee, whereas the *Legal Profession Act* prohibits them from doing so. Dual compliance with both statutes is impossible without frustrating Parliament's purpose. The *Immigration Act* must therefore prevail over the *Legal Profession Act*. Accordingly, the Court grants a declaratory order that ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act* and its associated Rules and Regulations are *intra vires* Parliament and that s. 26 of the *Legal Profession Act* is inoperative to non-lawyers who collect a fee acting under ss. 30 and 69(1) for the purposes of representation before the Adjudication Division or Refugee Division and the provision of services to that end.

Since the provisions of the *Immigration Act* at issue are valid and paramount over the provisions of the *Legal Profession Act*, an injunction against M, Westcoast, and S cannot be granted in respect of the activities complained of. Moreover, the question of an injunction is moot as far as M and Westcoast are concerned. M is now a member in good standing of the bar in the provinces of Alberta and Ontario, which entitles him to represent a client before any hearing of the IRB. Westcoast is now dissolved and no longer exists.

Cases Cited

Distinguished: *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; **referred to:** *Law Society of British Columbia v. Lawrie* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 1; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Cunningham v. Homma*, [1903] A.C. 151; *Brooks-Bidlake and Whittall, Ltd. v. Attorney-General for British Columbia*, [1923] A.C. 450; *In re Nakane and Okazake* (1908), 13 B.C.R. 370; *In re Narain Singh* (1908), 13 B.C.R. 477; *R. v. Hildebrand*, [1919] 3 W.W.R. 286; *In Re The Immigration Act and Munshi Singh*, [1914] 6 W.W.R. 1347; *Lafferty v. Lincoln* (1907), 38 S.C.R. 620; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1

la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit lui-même la prépondérance fédérale. D'un point de vue général, il n'y a pas de ligne de démarcation claire entre la compétence fédérale et la compétence provinciale en la matière.

En l'espèce, les deux lois en cause entrent en conflit. L'article 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* permettent à des non-avocats de comparaître en qualité de procureurs rétribués alors que la *Legal Profession Act* leur interdit de le faire. Il est impossible de se conformer aux deux lois sans contrecarrer l'objectif du Parlement. La *Loi sur l'immigration* doit donc l'emporter sur la *Legal Profession Act*. En conséquence, la Cour rend une ordonnance déclarant que l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* et ses textes d'application relèvent de la compétence du Parlement, et que l'art. 26 de la *Legal Profession Act* est inopérant en ce qui concerne les non-avocats qui, agissant en vertu de l'art. 30 et du par. 69(1), sont rétribués pour représenter des gens devant la section d'arbitrage ou la section du statut et pour fournir des services à cet égard.

Étant donné que les dispositions contestées de la *Loi sur l'immigration* sont valides et l'emportent sur les dispositions de la *Legal Profession Act*, une injonction interdisant aux intimés M, Westcoast et S de se livrer aux activités reprochées ne peut pas être accordée. En outre, la question de l'injonction est théorique en ce qui concerne les intimés M et Westcoast. M est maintenant un membre en règle des barreaux de l'Alberta et de l'Ontario, ce qui lui donne le droit de représenter des clients à toute audience devant la CISR. Westcoast est maintenant dissoute et n'existe plus.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; **arrêts mentionnés :** *Law Society of British Columbia c. Lawrie* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 1; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Cunningham c. Homma*, [1903] A.C. 151; *Brooks-Bidlake and Whittall, Ltd. c. Attorney-General for British Columbia*, [1923] A.C. 450; *In re Nakane and Okazake* (1908), 13 B.C.R. 370; *In re Narain Singh* (1908), 13 B.C.R. 477; *R. c. Hildebrand*, [1919] 3 W.W.R. 286; *In Re The Immigration Act and Munshi Singh*, [1914] 6 W.W.R. 1347; *Lafferty c. Lincoln* (1907), 38 R.C.S. 620; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3

S.C.R. 591; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec* (1982), 142 D.L.R. (3d) 512; *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Stephens v. The Queen*, [1960] S.C.R. 823; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *R. v. Lewis* (1997), 155 D.L.R. (4th) 442; *R. v. Romanowicz* (1999), 45 O.R. (3d) 506; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *Crown Grain Co. v. Day*, [1908] A.C. 504.

Statutes and Regulations Cited

Adjudication Division Rules, SOR/93-47, s. 2.
Aeronautics Act, R.S.C. 1985, c. A-2, s. 37(2) [ad. c. 33 (1st Supp.)], s. 5].
Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C. 1985, c. 47 (4th Supp.), s. 31.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 91(25), 92, 92(13), (14), 95.
Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, s. 2.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 140(7).
Expropriation Act, R.S.B.C. 1996, c. 125, s. 14(4)(a).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 165, s. 56(5).
Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act, R.S.B.C. 1996, c. 181, s. 29(3).
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 3, 29(5), 30 [rep. & sub. c. 28 (4th Supp.)], s. 9; am. 1990, c. 8, s. 51; rep. & sub. 1992, c. 49, s. 19], 32, 57(1), 61(2), 63.3, 64(3), 68(2), (3), 68.1, 69 [am. c. 10 (2nd Supp.)], s. 5; rep. & sub. c. 28 (4th Supp.)], s. 18; am. 1992, c. 49, s.

R.C.S. 157; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Malartic Hygrade Gold Mines (Quebec) Ltd. c. La Reine*, [1982] C.S. 1146; *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Stephens c. The Queen*, [1960] R.C.S. 823; *Mann c. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *R. c. Lewis* (1997), 155 D.L.R. (4th) 442; *R. c. Romanowicz* (1999), 45 O.R. (3d) 506; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *Crown Grain Co. c. Day*, [1908] A.C. 504.

Lois et règlements cités

Acte d'immigration, 1869, S.C. 1869, ch. 10, préambule.
Charte canadienne des droits et libertés.
Expropriation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 125, art. 14(4)a).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, ch. 165, art. 56(5).
Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act, R.S.B.C. 1996, ch. 181, art. 29(3).
Legal Profession Act, S.B.C. 1987, ch. 25 [maintenant S.B.C. 1998, ch. 9], art. 1, 26, 100.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 91(25), 92, 92(13), (14), 95.
Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2.
Loi sur l'aéronautique, L.R.C. 1985, ch. A-2, art. 37(2) [aj. ch. 33 (1^{er} suppl.)], art. 5].
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 3, 29(5), 30 [abr. & rempl. ch. 28 (4^e suppl.)], art. 9; mod. 1990, ch. 8, art. 51; abr. & rempl. 1992, ch. 49, art. 19], 32, 57(1), 61(2), 63.3, 64(3), 68(2), (3), 68.1, 69 [mod. ch. 10 (2^e suppl.)], art. 5; abr. & rempl. ch. 28 (4^e suppl.)], art. 18; mod. 1992, ch. 49, art. 59], 69.1(1), 70, 77(3), 80.1(4), (5), 114(1)v) [abr. & rempl. ch. 28 (4^e suppl.)], art. 29].
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985,

59], 69.1(1), 70, 77(3), 80.1(4), (5), 114(1)(v) [rep. & sub. c. 28 (4th Supp.), s. 29].
Immigration Act, 1869, S.C. 1869, c. 10, preamble.
Legal Profession Act, S.B.C. 1987, c. 25 [now S.B.C. 1998, c. 9], ss. 1, 26, 100.
Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 15 [rep. & sub. c. 33 (3rd Supp.), s. 4].
Pension Act, R.S.C. 1985, c. P-6, s. 88 [am. 1990, c. 43, s. 26; repl. 1995, c. 18, art. 73].
Pilotage Act, R.S.C. 1985, c. P-14, s. 28(1).
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 47.1 [rep. & sub. c. 8 (2nd Supp.), s. 18].
Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33, s. 19(3).
Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 28(1)(f) [rep. & sub. 1993, c. 15, s. 62].

Authors Cited

Bagambiire, Davies B. N. *Canadian Immigration and Refugee Law*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1996.
 Casey, James T. *The Regulation of Professions in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2001, release 1).
 Cory, Peter deC. *A Framework for Regulating Paralegal Practice in Ontario*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2000.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (update 2000, release 1).
 Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, vol. 1. Markham, Ont.: Butterworths, 1992 (loose-leaf updated April 2001, issue 37).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 167 D.L.R. (4th) 723, 115 B.C.A.C. 50, 58 B.C.L.R. (3d) 280, 48 Imm. L.R. (2d) 170, [1999] 6 W.W.R. 588, [1998] B.C.J. No. 2756 (QL), setting aside a decision of the Supreme Court of British Columbia (1997), 149 D.L.R. (4th) 736, 41 B.C.L.R. (3d) 205, [1998] 4 W.W.R. 790, [1997] B.C.J. No. 1883 (QL). Appeal dismissed.

William S. Bernardino, Q.C., and *Elizabeth B. Lyall*, for the appellant.

Richard R. Sugden, Q.C., and *Craig P. Dennis*, for the respondent Mangat.

Jack Giles, Q.C., and *Susan B. Horne*, for the respondent Sparling.

ch. R-10, art. 47.1 [abr. & rempl. ch. 8 (2^e suppl.), art. 18].
Loi sur le pilotage, L.R.C. 1985, ch. P-14, art. 28(1).
Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33, art. 19(3).
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 140(7).
Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. 1985, ch. 47 (4^e suppl.), art. 31.
Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 15 [abr. & rempl. ch. 33 (3^e suppl.), art. 4].
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 28(1)f) [abr. & rempl. 1993, ch. 15, art. 62].
Loi sur les pensions, L.R.C. 1985, ch. P-6, art. 88 [mod. 1990, ch. 43, art. 26; rempl. 1995, ch. 18, art. 73].
Règles de la section d'arbitrage, DORS/93-47, art. 2.
Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, art. 2.

Doctrine citée

Bagambiire, Davies B. N. *Canadian Immigration and Refugee Law*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1996.
 Casey, James T. *The Regulation of Professions in Canada*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2001, release 1).
 Cory, Peter deC. *Cadre stratégique de réglementation de la profession d'agent parajuridique en Ontario*. Toronto : Ministère du Procureur général, 2000.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (update 2000, release 1).
 Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, vol. 1. Markham, Ont. : Butterworths, 1992 (loose-leaf updated April 2001, issue 37).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 167 D.L.R. (4th) 723, 115 B.C.A.C. 50, 58 B.C.L.R. (3d) 280, 48 Imm. L.R. (2d) 170, [1999] 6 W.W.R. 588, [1998] B.C.J. No. 2756 (QL), qui a annulé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1997), 149 D.L.R. (4th) 736, 41 B.C.L.R. (3d) 205, [1998] 4 W.W.R. 790, [1997] B.C.J. No. 1883 (QL). Pourvoi rejeté.

William S. Bernardino, c.r., et *Elizabeth B. Lyall*, pour l'appelante.

Richard R. Sugden, c.r., et *Craig P. Dennis*, pour l'intimé Mangat.

Jack Giles, c.r., et *Susan B. Horne*, pour l'intimée Sparling.

Urszula Kaczmarczyk, Kevin Lunney and Brenda Carbonell, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michel Y. Hélie, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Rodney G. Garson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Neena Sharma, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jack Giles, Q.C., and *Susan B. Horne*, for the intervener the Organization of Professional Immigration Consultants.

Mira J. Thow, for the intervener the Canadian Bar Association.

Malcolm N. Ruby, for the intervener the Association of Immigration Counsel of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

The central issues raised by this appeal are whether ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, are *intra vires* the federal Parliament, and whether a provision of the *Legal Profession Act* (then S.B.C. 1987, c. 25, s. 26; now S.B.C. 1998, c. 9, s. 15) which prohibits a person, other than a member of the Law Society in good standing or a person listed in the exceptions, to engage in the practice of law is constitutionally inoperative or inapplicable to persons acting under ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act* and its associated Rules and Regulations.

II. Facts

At the time of the trial, the respondent Mangat was an immigration consultant holding a law degree from Punjab University in India. He had not studied law in Canada and was not a member of the

Urszula Kaczmarczyk, Kevin Lunney et Brenda Carbonell, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michel Y. Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Rodney G. Garson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Neena Sharma, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jack Giles, c.r., et *Susan B. Horne*, pour l'intervenante l'Organization of Professional Immigration Consultants.

Mira J. Thow, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Malcolm N. Ruby, pour l'intervenante l'Association of Immigration Counsel of Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, il s'agit principalement de déterminer si l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, relèvent de la compétence du Parlement fédéral et si une disposition de la *Legal Profession Act* (alors S.B.C. 1987, ch. 25, art. 26; maintenant S.B.C. 1998, ch. 9, art. 15), qui interdit l'exercice du droit à toute personne autre qu'un membre en règle de la Law Society of British Columbia (« Barreau de la Colombie-Britannique ») ou qu'une personne figurant dans la liste d'exceptions, est inopérante ou inapplicable du point de vue constitutionnel à l'égard des personnes agissant en vertu de l'art. 30 et du par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* et ses textes d'application.

II. Les faits

Au moment du procès, l'intimé Mangat, titulaire d'un diplôme en droit de l'Université du Pendjab en Inde, travaille comme consultant en immigration. Il n'a pas étudié le droit au Canada et n'est pas

Law Society of British Columbia. He carried on his work through Westcoast Immigration Consultants Ltd. ("Westcoast"), an immigration consulting company (which no longer exists).

membre du Barreau de la Colombie-Britannique. Il offre ses services par l'intermédiaire de Westcoast Immigration Consultants Ltd. (« Westcoast »), une société d'experts-conseils en immigration (qui n'existe plus).

3 Mr. Mangat and other employees of Westcoast engaged in a number of activities with respect to immigration proceedings. They appeared as counsel or advocate on behalf of aliens, for or in the expectation of a fee, reward, or gain from the persons for whom the acts were performed, before the Immigration and Refugee Board ("IRB"). They also drew, revised, or settled documents relating to proceedings before this tribunal, and gave legal advice and held themselves out as being entitled and qualified to provide the services in this regard.

Monsieur Mangat et d'autres employés de Westcoast se livrent à plusieurs activités concernant des procédures en matière d'immigration. Ils comparaissent à titre de conseils ou d'avocats pour le compte d'étrangers devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (« CISR »), dans le but ou dans l'espoir d'obtenir une rétribution ou quelque autre forme de récompense. De plus, ils rédigent, révisent ou établissent des documents ayant trait à des procédures devant ce tribunal, donnent des consultations juridiques et se présentent comme ayant le droit de fournir de tels services et comme étant qualifiés pour le faire.

4 In the course of their practice, the respondent Mangat and his associate consultants asked their clients to sign a fee agreement where they acknowledged that the respondents were immigration consultants and not members of the Law Society of British Columbia. The clients were told that they could avail themselves of legal aid services or of the services of a barrister or a solicitor who was a member of the Law Society. If the matter went beyond the IRB to the Federal Court, the respondents' involvement ceased.

Dans le cadre de leurs activités, l'intimé Mangat et ses consultants associés demandent à leurs clients de signer une entente relative à des honoraires, dans laquelle ces derniers reconnaissent que les intimés sont des consultants en immigration et non pas des membres du Barreau de la Colombie-Britannique. Ils informent leurs clients qu'ils peuvent recourir à l'aide juridique ou aux services d'un avocat membre du Barreau. La participation des intimés prend fin du moment que le dossier passe de la CISR à la Cour fédérale.

5 On July 14, 1986, the appellant wrote to Mr. and Mrs. Mangat regarding an advertisement placed in the *Indo-Canadian Times* in which the respondents allegedly offered legal advice on various matters concerning immigration to Canada and held themselves out as entitled to practise law. At the time, the appellant warned the respondents about the penalties for the illegal practice of law and asked for an explanation in writing by August 11, 1986, before taking any remedial action. Mr. Mangat replied on August 8, 1986, stating that neither he nor Mrs. Mangat had ever practised or held themselves out as practising law. He added that they were fully entitled to use the B.A. and LL.B. designations. However, to avoid any further misunderstanding he offered to make some changes to

Le 14 juillet 1986, l'appelante écrit à M. et à M^{me} Mangat au sujet d'une annonce parue dans l'*Indo-Canadian Times*, dans laquelle les intimés auraient offert des consultations juridiques sur diverses questions touchant l'immigration au Canada et se seraient présentés comme autorisés à exercer le droit. À l'époque, l'appelante avertit les intimés des peines imposées pour l'exercice illégal du droit et leur demande de fournir une explication écrite au plus tard le 11 août 1986, avant de prendre des mesures correctives. Le 8 août 1986, M. Mangat répond que M^{me} Mangat et lui n'ont jamais exercé le droit et n'ont jamais prétendu l'exercer. Il ajoute qu'ils ont parfaitement le droit d'utiliser les titres B.A. et LL.B. Toutefois, pour éviter tout autre malentendu, il offre d'apporter certains chan-

the advertisement, namely to add the words "Immigration Consultants". The appellant wrote back on September 22, 1986, and stated that the Professional Standards Committee had resolved that it would accept Mr. Mangat's assurances and that no further action would be taken.

Despite this resolution, on March 22, 1994, the appellant brought an application in the British Columbia Supreme Court seeking a permanent injunction against the respondents Mangat and Westcoast to prevent them from engaging in the ongoing practice of law, in contravention of British Columbia's *Legal Profession Act*. On August 14, 1997, Koenigsberg J. granted the following injunction against the respondents Mangat and Westcoast prohibiting and enjoining them from:

- (a) appearing as counsel or advocate for or in the expectation of a fee, gain or reward, direct or indirect, from the persons for whom the acts are performed;
- (b) drawing, revising or settling documents for use in judicial or extra-judicial proceedings for or in the expectation of a fee, gain or reward, direct or indirect, from the persons for whom the acts are performed;
- (c) drawing, revising or settling documents relating in any way to proceedings under a statute of Canada or the province for or in the expectation of a fee, gain or reward, direct or indirect, from the persons for whom the acts are performed;
- (d) giving legal advice for or in the expectation of a fee, gain or reward, direct or indirect, from the persons for whom the acts are performed; and
- (e) offering to or holding themselves out in any way as being entitled or qualified to provide the services listed at paragraphs (a) to (d) inclusive, for or in the expectation of a fee, gain or reward, direct or indirect, from the persons for whom the acts are performed.

On November 27, 1997, she also ordered that each party bear its own costs because the respondents

gements à l'annonce en ajoutant notamment les mots [TRADUCTION] « consultants en immigration ». Dans sa réponse du 22 septembre 1986, l'appelante indique que le comité des normes professionnelles a décidé d'accepter les assurances données par M. Mangat et de ne prendre aucune autre mesure.

Malgré cette décision, le 22 mars 1994, l'appelante dépose devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique une demande d'injonction permanente contre les intimés Mangat et Westcoast afin de les empêcher d'exercer le droit contrairement à la *Legal Profession Act* de la Colombie-Britannique. Le 14 août 1997, madame le juge Koenigsberg accorde une injonction interdisant aux intimés Mangat et Westcoast :

[TRADUCTION]

- a) de comparaître à titre d'avocats dans le but ou dans l'espoir d'obtenir une rétribution ou quelque autre forme de récompense, directement ou indirectement;
- b) de rédiger, de réviser ou d'établir des documents devant être utilisés dans des procédures judiciaires ou extrajudiciaires, dans le but ou dans l'espoir d'obtenir une rétribution ou quelque autre forme de récompense, directement ou indirectement;
- c) de rédiger, de réviser ou d'établir des documents se rapportant de quelque façon que ce soit à des procédures engagées en vertu d'une loi du Canada ou de la province, dans le but ou dans l'espoir d'obtenir une rétribution ou quelque autre forme de récompense, directement ou indirectement;
- d) de donner des consultations juridiques dans le but ou dans l'espoir d'obtenir une rétribution ou quelque autre forme de récompense, directement ou indirectement;
- e) d'offrir les services énumérés aux alinéas a) à d) inclusivement ou de se présenter comme ayant le droit de les fournir ou comme étant qualifiés pour le faire, dans le but ou dans l'espoir d'obtenir une rétribution ou quelque autre forme de récompense, directement ou indirectement.

Le 27 novembre 1997, elle ordonne également à chaque partie d'assumer ses propres dépens parce

were singled out as a test case among several potential defendants and because of the vagueness of the disputed legislation.

7 On August 18, 1997, the respondents filed a notice of appeal to the Court of Appeal of British Columbia. On November 27, 1998, the Court of Appeal unanimously vacated the injunction in its entirety, but did so on different grounds. Southin J.A. allowed the appeal on the basis of the doctrine of interjurisdictional immunity. Mackenzie and Hollinrake J.J.A. concurred in the result, but would have allowed the appeal on the basis of the doctrine of paramountcy.

8 Leave to appeal to this Court was granted on November 10, 1999. Mr. Mangat filed evidence that he has now become a member in good standing of the Alberta Law Society and that his consulting company Westcoast was dissolved when he relocated to Alberta in 1999. As a result, on May 24, 2000, the Court heard a motion by the respondents to quash the appeal as moot and a motion by the Law Society to add the respondent Sparling to the proceedings. Iacobucci J., on behalf of the Court, declined to quash the appeal, but ordered the appellant to pay Mr. Mangat fair and reasonable costs of the motion and appeal, and ordered the addition of Ms. Sparling to the proceedings on the basis that she is an immigration consultant in Vancouver and was engaged in the same range of activities as Mr. Mangat. She is also the current president of the Organization of Professional Immigration Consultants, which appeared as an intervener before this Court.

9 At the appeal hearing, counsel for the respondent Mangat further stated that his client was now a member in good standing of the Law Society of Upper Canada. He added that he had also applied to be a member of the appellant, the Law Society of British Columbia, but for some reason

qu'on a choisi le litige des intimés parmi plusieurs litiges potentiels pour en faire une cause type et que les dispositions législatives contestées sont imprécises.

Le 18 août 1997, les intimés déposent un avis d'appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le 27 novembre 1998, les juges de la Cour d'appel décident, à l'unanimité, d'annuler l'injonction intégralement mais pour des motifs différents. Madame le juge Southin accueille l'appel en s'appuyant sur la règle de l'exclusivité des compétences. Les juges Mackenzie et Hollinrake souscrivent au résultat, mais accueilleraient l'appel en vertu de la règle de la prépondérance.

La demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour est accordée le 10 novembre 1999. Monsieur Mangat dépose des éléments de preuve selon lesquels il est maintenant membre en règle de la Law Society of Alberta (« Barreau de l'Alberta ») et que sa société d'experts-conseils Westcoast a été dissoute au moment où il a déménagé en Alberta en 1999. En conséquence, le 24 mai 2000, notre Cour entend une requête des intimés visant à obtenir l'annulation du pourvoi pour le motif qu'il est devenu théorique, et une requête du Barreau de la Colombie-Britannique visant l'ajout de l'intimée Sparling à l'instance. Le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour, refuse d'annuler le pourvoi, mais enjoint à l'appelante de payer à M. Mangat des dépens justes et raisonnables relativement à la requête et au pourvoi, et ordonne l'ajout de M^{me} Sparling à l'instance pour le motif qu'elle est consultante en immigration à Vancouver et qu'elle se livre à la même gamme d'activités que M. Mangat. Madame Sparling est aussi actuellement présidente de l'Organization of Professional Immigration Consultants qui a comparu à titre d'intervenante devant notre Cour.

Lors de l'audition du pourvoi, l'avocat de l'intimé Mangat affirme également que son client est maintenant membre en règle du Barreau du Haut-Canada. Il ajoute que M. Mangat a aussi présenté une demande d'admission au Barreau de la Colombie-Britannique, mais que, pour une

the appellant decided to hold a credentials hearing to determine whether he could be admitted.

III. Relevant Statutory Provisions

Legal Profession Act, S.B.C. 1987, c. 25 (subsequently R.S.B.C. 1996, c. 255, ss. 1, 26, 109; now S.B.C. 1998, c. 9, ss. 1, 15, 85(5) to (8))

1. In this Act

“practice of law” includes

- (a) appearing as counsel or advocate,
- (b) drawing, revising or settling
 - (i) a petition, memorandum or articles under the *Company Act*, or an application, statement, affidavit, minute, resolution, bylaw or other document relating to the incorporation, registration, organization, reorganization, dissolution or winding up of a corporate body,
 - (ii) a document for use in a proceeding, judicial or extra-judicial,
 - (iii) a will, deed of settlement, trust deed, power of attorney or a document relating to any probate or letters of administration or the estate of a deceased person,
 - (iv) a document relating in any way to proceedings under a statute of Canada or the Province, or
 - (v) an instrument relating to real or personal estate which is intended, permitted or required to be registered, recorded or filed in a registry or other public office,
- (c) doing any act or negotiating in any way for the settlement of, or settling, a claim or demand for damages,

raison quelconque, l’appelante a décidé de tenir une audience relative aux titres de compétence de M. Mangat afin de statuer sur son admissibilité.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Legal Profession Act, S.B.C. 1987, ch. 25 (par la suite R.S.B.C. 1996, ch. 255, art. 1, 26, 109; maintenant S.B.C. 1998, ch. 9, art. 1, 15, 85(5)-(8))

[TRADUCTION]

- #### 1. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

« exercice du droit » Sont assimilés à l’exercice du droit :

- a) la comparution à titre d’avocat;
- b) la rédaction, la révision ou l’établissement
 - (i) de requêtes, d’actes constitutifs ou de statuts en vertu de la *Company Act*, de demandes, de déclarations, d’affidavits, de procès-verbaux, de résolutions, de règlements administratifs ou d’autres documents relatifs à la constitution, à l’enregistrement, à l’organisation, à la réorganisation, à la dissolution ou à la liquidation d’une personne morale,
 - (ii) de documents devant être utilisés dans des procédures judiciaires ou extrajudiciaires,
 - (iii) de testaments, d’actes de disposition, d’actes de fiducie, de procurations ou de documents relatifs à l’homologation d’un testament, à la délivrance de lettres d’administration ou à la succession d’un défunt,
 - (iv) de documents se rapportant de quelque façon que ce soit à des procédures engagées en vertu d’une loi du Canada ou de la province,
 - (v) d’instruments se rapportant à des biens personnels ou immeubles et dont l’enregistrement ou le dépôt dans un bureau d’enregistrement ou tout autre bureau officiel est prévu, autorisé ou requis;
- c) le fait d’agir ou de négocier de quelque façon que ce soit en vue de régler des demandes ou réclamations de dommages-intérêts, ou le fait de régler de telles demandes ou réclamations;

- (d) agreeing to place at the disposal of another person the services of a barrister or solicitor,
- (e) giving legal advice,
- (f) the making of an offer to do anything referred to in paragraphs (a) to (e), and
- (g) the making of a representation by a person that the person is qualified or entitled to do anything referred to in paragraphs (a) to (e),

but it does not include

- (h) any of those acts if it is not done for or in the expectation of a fee, gain or reward, direct or indirect, from the person for whom the acts are performed,
- (i) the drawing or preparing of an instrument by a public officer in the course of his duty,
- (j) the lawful practice of a notary public,
- (k) the usual business carried on by an insurance adjuster who is licensed under Part 10 of the *Insurance Act*, or
- (l) agreeing to do something referred to in paragraph (d), where the agreement is pursuant to a prepaid legal services plan or other liability insurance program;

26. (1) Subject to subsections (3), (4) and (5), no person, other than a member of the society in good standing, shall engage in the practice of law, except

- (a) an individual acting on his own behalf in a proceeding to which he is a party,
- (b) as permitted by the *Court Agent Act*,
- (c) articled students, to the extent permitted by the benchers, and
- (d) an individual or articled student referred to in section 9 of the *Legal Services Society Act*.

(2) A person who is employed by a member, a firm of members or the Province and who acts under the supervision of a member does not contravene subsection (1).

(3) The benchers may permit a barrister or solicitor of another province or territory

- d) le fait d'accepter de procurer à une autre personne les services d'un avocat;
- e) le fait de donner des consultations juridiques;
- f) le fait d'offrir d'accomplir tout acte mentionné aux alinéas a) à e);
- g) le fait de se présenter comme ayant le droit d'accomplir tout acte mentionné aux alinéas a) à e) ou comme étant qualifié pour le faire;

à l'exclusion

- h) des actes susmentionnés qui ne sont pas accomplis dans le but ou dans l'espoir d'obtenir une rétribution ou quelque autre forme de récompense, directement ou indirectement;
- i) de la rédaction ou de la préparation d'instruments par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions;
- j) de l'exercice légal du notariat;
- k) des activités habituelles d'un expert en sinistres titulaire d'un permis délivré en vertu de la partie 10 de l'*Insurance Act*;
- l) du fait d'accepter d'accomplir l'acte mentionné à l'alinéa d), lorsque l'entente en cause est conclue conformément à un régime d'assurance de protection juridique ou de tout autre régime d'assurance de responsabilité.

26. (1) Sous réserve des paragraphes (3), (4) et (5), il est interdit à toute personne autre qu'un membre en règle du Barreau d'exercer le droit, sauf

- a) s'il s'agit d'une personne qui agit pour son propre compte dans des procédures auxquelles elle est partie;
- b) dans les cas permis par la *Court Agent Act*;
- c) s'il s'agit de stagiaires, dans la mesure permise par les conseillers du Barreau,
- d) s'il s'agit de personnes ou de stagiaires mentionnés à l'article 9 de la *Legal Services Society Act*.

(2) Les employés d'un membre, d'un cabinet de membres ou de la province qui agissent sous la surveillance d'un membre ne contreviennent pas au paragraphe (1).

(3) Sous réserve des conditions qu'ils prescrivent, notamment le paiement d'un droit, les conseillers du Barreau peuvent autoriser un avocat d'une autre province ou d'un territoire

- (a) to act as a solicitor on a particular matter, or
- (b) to appear as counsel in the Province on a particular cause or matter

subject to any conditions, including the payment of a fee, required by the benchers.

(4) The benchers may permit a person who holds professional legal qualifications obtained in a country other than Canada, to give legal advice respecting the laws of that country, subject to any conditions, including the payment of a fee, required by the benchers.

(5) The provisions of Part 6 apply to a person given permission under subsection (3) or (4), but the benchers have no power to disbar that person.

100. (1) The Supreme Court may, on the application of the society and on being satisfied that there is reason to believe that there is or will be a contravention of this Act or a rule made under it, grant an injunction restraining a person from committing it, and, pending disposition of the action seeking the injunction, the court may grant an interim injunction.

(2) Subject to the *Court Agent Act*, a person who, not being a member of the society or a party to the proceeding, commences, prosecutes or defends a court proceeding in his own name or in the name of another person may, on the application of the society or of any person interested in the proceeding, be found in contempt by the court in which the proceeding is brought, and may be punished accordingly.

Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2

30. Every person with respect to whom an inquiry [by an adjudicator] is to be held shall be informed of the person's right to obtain the services of a barrister or solicitor or other counsel and to be represented by any such counsel at the inquiry and shall be given a reasonable opportunity, if the person so desires, to obtain such counsel at the person's own expense.

69. (1) In any proceedings before the Refugee Division, the Minister may be represented at the proceedings by counsel or an agent and the person who is the subject of the proceedings may, at that person's own expense, be represented by a barrister or solicitor or other counsel.

114. (1) The Governor in Council may make regulations

- a) à agir à titre d'avocat dans une affaire donnée;
- b) à comparaître à titre d'avocat dans la province relativement à une affaire donnée.

(4) Sous réserve des conditions qu'ils prescrivent, notamment le paiement d'un droit, les conseillers du Barreau peuvent autoriser une personne qui a obtenu ses titres de compétence professionnelle en droit dans un autre pays que le Canada à donner des consultations juridiques sur les lois de cet autre pays.

(5) La partie 6 s'applique à la personne ayant obtenu une autorisation en vertu des paragraphes (3) ou (4), mais les conseillers du Barreau n'ont pas le pouvoir de radier cette personne.

100. (1) Si elle est convaincue qu'il existe des raisons de croire qu'il y a ou qu'il y aura une violation de la présente loi ou d'une règle prise en application de celle-ci, la Cour suprême peut, sur demande du Barreau, accorder une injonction interdisant de commettre une telle violation, et, en attendant qu'une décision soit rendue au sujet de l'action en injonction, elle peut accorder une injonction provisoire.

(2) Sous réserve de la *Court Agent Act*, quiconque engage des procédures judiciaires ou les conteste en son propre nom ou au nom d'une autre personne sans être membre du Barreau ni partie à l'instance peut, sur demande du Barreau ou de toute autre partie intéressée à l'instance, être déclaré coupable d'outrage au tribunal et puni en conséquence.

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2

30. L'intéressé doit être informé qu'il a le droit de se faire représenter par un avocat ou un autre conseiller [à l'enquête menée par un arbitre] et se voir accorder la possibilité de le choisir, à ses frais.

69. (1) Dans le cadre de toute affaire dont connaît la section du statut, le ministre peut se faire représenter par un avocat ou un mandataire et l'intéressé, à ses frais, par un avocat ou autre conseil.

114. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

(v) requiring any person, other than a person who is a member of the bar of any province, to make an application for and obtain a licence from such authority as is prescribed before the person may appear before an adjudicator, the Refugee Division or the Appeal Division as counsel for any fee, reward or other form of remuneration whatever;

Adjudication Division Rules, SOR/93-47, s. 2

“counsel” means a person who represents a party in any proceeding before the Adjudication Division;

Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, s. 2

“counsel” means a person authorized pursuant to subsection 69(1) of the Act to represent a party in any proceeding before the Refugee Division;

Constitution Act, 1867

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

25. Naturalization and Aliens.

And any Matter coming within any of the Classes of Subjects enumerated in this Section shall not be deemed to come within the Class of Matters of a local or private Nature comprised in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

v) exiger de quiconque comparait devant un arbitre, la section du statut ou la section d’appel en qualité de procureur rétribué sans être membre du barreau d’une province, qu’il soit titulaire d’une autorisation délivrée à cet effet par les autorités habilitées à le faire aux termes des règlements;

Règles de la section d’arbitrage, DORS/93-47, art. 2

« conseil » Personne qui représente une partie dans toute affaire dont connaît la section d’arbitrage.

Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, art. 2

« conseil » Personne autorisée en vertu du paragraphe 69(1) de la Loi à représenter une partie dans toute affaire dont connaît la section du statut.

Loi constitutionnelle de 1867

91. Il sera loisible à la Reine, de l’avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l’autorité législative exclusive du parlement du Canada s’étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

(25) La naturalisation et les aubains.

Et aucune des matières énoncées dans les catégories de sujets énumérés dans le présent article ne sera réputée tomber dans la catégorie des matières d’une nature locale ou privée comprises dans l’énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

13. Property and Civil Rights in the Province.

14. The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts.

95. In each Province the Legislature may make Laws in relation to Agriculture in the Province, and to Immigration into the Province; and it is hereby declared that the Parliament of Canada may from Time to Time make Laws in relation to Agriculture in all or any of the Provinces, and to Immigration into all or any of the Provinces; and any Law of the Legislature of a Province relative to Agriculture or to Immigration shall have effect in and for the Province as long and as far only as it is not repugnant to any Act of the Parliament of Canada.

IV. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court* (1997), 149 D.L.R. (4th) 736

Before Koenigsberg J., the respondents Mangat and Westcoast admitted that they were engaged in the practice of law within the meaning of s. 1 of the *Legal Profession Act*, but contended that their conduct was sanctioned by ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act*, which permit non-lawyers to appear on behalf of clients before the IRB. Koenigsberg J. held that the threshold question was whether the *Immigration Act* authorizes the practice of law. She concluded that the *Immigration Act* does not authorize the practice of law and therefore does not shield the respondents from the requirements of the *Legal Profession Act*. She held that, there was no rational connection between the stated policy of the *Immigration Act* or the requirements that hearings be conducted as informally and expeditiously as possible and the authorizing of untrained, unqualified, or unregulated persons to appear before the IRB

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

(13) La propriété et les droits civils dans la province;

(14) L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux;

95. Dans chaque province, la législature pourra faire des lois relatives à l'agriculture et à l'immigration dans cette province; et il est par la présente déclaré que le parlement du Canada pourra de temps à autre faire des lois relatives à l'agriculture et à l'immigration dans toutes les provinces ou aucune d'elles en particulier; et toute loi de la législature d'une province relative à l'agriculture ou à l'immigration n'y aura d'effet qu'aussi longtemps et que tant qu'elle ne sera incompatible avec aucune des lois du parlement du Canada.

IV. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1997), 149 D.L.R. (4th) 736

Devant madame le juge Koenigsberg, les intimés Mangat et Westcoast admettent qu'ils exercent le droit au sens de l'art. 1 de la *Legal Profession Act*, mais soutiennent que leur conduite est sanctionnée par l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* qui permettent à des non-avocats de comparaître pour le compte de clients devant la CISR. Selon madame le juge Koenigsberg, il faut préalablement déterminer si la *Loi sur l'immigration* autorise l'exercice du droit. Elle conclut que cette loi n'accorde pas une telle autorisation et ne soustrait donc pas les intimés aux exigences de la *Legal Profession Act*. À son sens, il n'y a aucun lien rationnel entre la politique explicite de la *Loi sur l'immigration* ou l'exigence que les audiences soient tenues sans formalisme et avec célérité dans la mesure du possible et le fait d'autoriser des personnes non formées, non qualifiées ou échappant à

representing persons for a fee. She held that although unpaid agents could represent aliens, ss. 30 and 69(1) authorize the paid employment of other licensed counsel, and that only lawyers are licensed in the absence of an alternative licensing regime established under s. 114(1)(v) of the *Immigration Act*. Relying on the reasoning of the Court of Appeal of British Columbia in *Law Society of British Columbia v. Lawrie* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 1, she stated that the protection of the public is best served by requiring that persons appearing before immigration tribunals as counsel be licensed, and that the objectives of the *Immigration Act* are not served by authorizing a different class of professional to represent persons. Finally, having regard to constitutional norms, this interpretation avoids creating a conflict between federal and provincial laws.

toute réglementation à représenter, moyennant rétribution, des gens devant la CISR. Elle est d'avis que, bien que des mandataires non rétribués puissent représenter des étrangers, l'art. 30 et le par. 69(1) permettent de retenir, moyennant rétribution, les services d'un autre conseiller ou conseil titulaire d'une autorisation en ce sens, et que seuls les avocats sont munis d'une telle autorisation en l'absence d'un autre régime d'autorisation fondé sur l'al. 114(1)v) de la *Loi sur l'immigration*. Évoquant le raisonnement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Law Society of British Columbia c. Lawrie* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 1, elle affirme que la protection du public est mieux assurée si on exige que les personnes qui comparaissent à titre de conseils devant les tribunaux de l'immigration soient titulaires d'une autorisation en ce sens, et que le fait de permettre à une catégorie différente de professionnels de représenter des gens n'est pas conforme aux objectifs de la *Loi sur l'immigration*. Enfin, eu égard aux normes constitutionnelles applicables, cette interprétation permet d'éviter un conflit entre les lois fédérale et provinciale.

12

While Koenigsberg J. disposed of the appeal on this basis, she nevertheless considered the constitutional issues in the event that she erred in her conclusion. She accepted that both the *Legal Profession Act* and the *Immigration Act* are each a valid exercise of power within the constitutional jurisdiction of the respective governments, specifying that the *Immigration Act* fell within ss. 91(25) and 95 of the *Constitution Act, 1867*. Applying the framework set out in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, she then held that the *Immigration Act* is a valid regulatory scheme, but one that makes a substantial intrusion into the provincial power with respect to the regulation of law in the province because the creation of an unregulated profession of the practice of law leaves the public unprotected. In her view, without ensuring a standard for the practice of law by creating a licensing body, there was no rational connection between such an intrusion and the stated policy or the requirements that hearings be conducted informally. She concluded that ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act* were *ultra vires*

Bien qu'elle tranche l'appel de cette manière, madame le juge Koenigsberg examine les questions constitutionnelles au cas où elle errerait dans sa conclusion. Elle accepte que la *Legal Profession Act* et la *Loi sur l'immigration* constituent toutes les deux un exercice valide de la compétence que la Constitution reconnaît aux gouvernements respectifs, précisant que la *Loi sur l'immigration* relève du par. 91(25) et de l'art. 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Appliquant le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, elle conclut ensuite que la *Loi sur l'immigration* est un régime de réglementation valide, mais qu'elle constitue un empiétement important sur la compétence provinciale relative à la réglementation de la pratique du droit dans la province, étant donné que la création d'une catégorie de professionnels autorisés à exercer le droit sans être soumis à une réglementation laisse le public sans protection. À son avis, si on n'assujettit pas l'exercice du droit à des normes grâce à la création d'un organisme de réglementation professionnelle, il n'y a aucun

Parliament insofar as they authorize the practice of law by non-lawyers.

In addition, Koenigsberg J. held that the inter-jurisdictional immunity doctrine did not apply in this case on the grounds that it is restricted to cases involving federal undertakings (including federal works, things, or persons). Indeed, constitutional jurisprudence has approached the creation of interjurisdictional immunities consciously, with the design of a flexible federal system in mind. Finally, she noted that the paramountcy doctrine also does not apply given that the potentially conflicting federal legislation is *ultra vires*.

Since she found that a number of the respondents' activities constituted the unlawful practice of law within the meaning of the *Legal Profession Act* and were therefore outside the ambit of the *Immigration Act*, Koenigsberg J. issued the injunction on the grounds that the *Immigration Act* did not authorize the practice of law. Alternatively, she would have granted the injunction on the basis that the provisions were *ultra vires* Parliament.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1998), 167 D.L.R. (4th) 723

1. Southin J.A.

Southin J.A. began by noting that the injunction was far too broad in its terms and instead should have been limited to the conduct complained of. She then examined the assumption made by Koenigsberg J. that "practice of law" is a valid head of power. In her view, s. 92 of the *Constitution Act, 1867* contained no such provision and the issue has not been squarely settled by this Court. The question must therefore be whether the provincial legislature has the power pursuant to s. 92 (as a

lien rationnel entre un tel empiétement et la politique explicite ou l'exigence que les audiences soient tenues sans formalisme. Elle décide que l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* excèdent la compétence du Parlement dans la mesure où ils permettent à des non-avocats d'exercer le droit.

En outre, madame le juge Koenigsberg estime que la règle de l'exclusivité des compétences ne s'applique pas en l'espèce parce que son application se limite aux affaires mettant en cause des entreprises fédérales (dont les ouvrages, choses ou personnes relevant de la compétence fédérale). En fait, dans la jurisprudence constitutionnelle, les tribunaux ont abordé la création des compétences exclusives en connaissance de cause, en ayant à l'esprit l'établissement d'un régime fédéral souple. Enfin, elle souligne que la règle de la prépondérance ne s'applique pas non plus étant donné que la loi fédérale potentiellement incompatible est inconstitutionnelle.

Vu sa conclusion qu'un certain nombre des activités des intimés constituent un exercice illégal du droit au sens de la *Legal Profession Act* et que ces activités ne sont donc pas visées par la *Loi sur l'immigration*, madame le juge Koenigsberg délivre l'injonction sollicitée pour le motif que la *Loi sur l'immigration* n'autorise pas l'exercice du droit. Subsidiairement, elle accorderait cette injonction pour le motif que les dispositions en cause excèdent la compétence du Parlement.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1998), 167 D.L.R. (4th) 723

1. Madame le juge Southin

Madame le juge Southin souligne d'abord que l'injonction est formulée beaucoup trop largement et qu'elle aurait dû être limitée à la conduite reprochée. Elle examine ensuite la prémisse de madame le juge Koenigsberg que la « pratique du droit » est un chef de compétence valide. À son avis, l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne comporte aucune disposition en ce sens et notre Cour n'a pas réglé catégoriquement cette question. Il faut donc se demander si la législature provinciale peut,

13

14

15

matter of civil rights or administration of justice in the province) to prohibit persons from appearing before tribunals established by Parliament under s. 91 (as part of the immigration process).

16 Southin J.A. held that it was an essential attribute of every tribunal to have control over who may or may not appear before it or draw up the papers necessary for its business to be carried on and that it fell within the jurisdiction of the legislative authority which created the tribunal to control all matters relating to that tribunal. Therefore, although there is some support for the proposition that the *Legal Profession Act* was a valid exercise of the power of a province to regulate civil rights, she concluded that the constitution, organization, practice, and procedure of tribunals established under the *Immigration Act* were matters within the classes of subjects enumerated in s. 91. She defended this conclusion by noting that a federal tribunal can sit in any province and that it would make no sense to require counsel called in one province to seek approval from the law society of another province before appearing before that tribunal when sitting in that other province.

17 As an aside, Southin J.A. noted that s. 95 of the *Constitution Act, 1867* does not appear to confer upon the provinces the ability to legislate concerning the procedure before tribunals established under the *Immigration Act* and that, in any event, Parliament has already legislated in that respect, in which case the provincial provisions would be repugnant to the federal provisions. She therefore allowed the appeal and set aside the injunction.

2. Mackenzie J.A. (concurring in by Hollinrake J.A.)

18 Mackenzie J.A. reached the same result as that arrived at by Southin J.A., but by a different route. He held that the relevant provisions of the *Immigration Act* were constitutionally valid falling within both ss. 91(25) and 95, and stated that the validity of

en vertu de l'art. 92 (du chef des droits civils ou de l'administration de la justice dans la province), interdire à des personnes de comparaître devant des tribunaux administratifs établis par le Parlement en vertu de l'art. 91 (dans le cadre du processus d'immigration).

D'après madame le juge Southin, un attribut essentiel de chaque tribunal administratif est le pouvoir de décider des personnes aptes à comparaître devant lui ou à rédiger les documents requis dans les affaires dont il connaît, et il relève de la compétence de l'autorité législative qui a créé ce tribunal de traiter de toutes les matières qui s'y rapportent. En conséquence, bien qu'on puisse soutenir que la *Legal Profession Act* relève du pouvoir d'une province de réglementer les droits civils, madame le juge Southin conclut que la création, l'organisation, la pratique et la procédure des tribunaux administratifs établis en vertu de la *Loi sur l'immigration* sont des matières tombant dans les catégories de sujets énumérés à l'art. 91. Elle appuie cette conclusion en soulignant qu'un tribunal administratif fédéral peut siéger dans toutes les provinces et qu'il serait illogique d'exiger que l'avocat inscrit au barreau d'une province demande au barreau d'une autre province l'autorisation de comparaître devant ce tribunal lorsqu'il siège dans cette autre province.

Madame le juge Southin souligne, en aparté, que l'art. 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne paraît pas habiliter les provinces à adopter des lois relatives à la procédure applicable devant les tribunaux administratifs établis en vertu de la *Loi sur l'immigration*, et qu'en tout état de cause le Parlement a déjà légiféré en la matière, de sorte que les dispositions provinciales seraient incompatibles avec les dispositions fédérales. Elle accueille donc l'appel et annule l'injonction.

2. Le juge Mackenzie (avec l'appui du juge Hollinrake)

Le juge Mackenzie parvient à la même conclusion que madame le juge Southin, mais selon un raisonnement différent. Il conclut que les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration* sont constitutionnelles et qu'elles relèvent à la fois du

the provisions of the *Legal Profession Act* was not in issue. However, to the extent that they conflict, the *Legal Profession Act* was inoperative by virtue of the paramountcy doctrine, rather than being inapplicable by virtue of the doctrine of interjurisdictional immunity.

Mackenzie J.A. first noted that the appellant conceded that if the Governor in Council had made regulations licensing other counsel and dealing with their qualifications and standards, the Law Society could not successfully challenge their activities. However, in the absence of such a scheme, the Law Society argued that ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act* must be interpreted as being limited to unpaid counsel. In Mackenzie J.A.'s view, references to "other counsel" include paid non-lawyers. The fact that ss. 30 and 69(1) do not require "other counsel" to be licensed and that the power to make regulations under s. 114(1)(v) is merely permissive and that it has not been exercised has no impact on the plain meaning of the statutory provision. Concerns about the public interest going unprotected were misplaced, as Parliament gave the Governor in Council power to regulate in this area.

While this conclusion disposed of the appeal, given the appellant's concession, Mackenzie J.A. explored the broader constitutional issues. Accepting that both pieces of legislation are valid, he first held that the doctrine of interjurisdictional immunity was inapplicable in this case. Relying on the rule set out in *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, Mackenzie J.A. found that the regulation of legal services provided to persons within the aliens category does not threaten the core of the federal jurisdiction. Moreover, immunity would be inconsistent with the fact that Parliament contemplated a role for provincially regulated lawyers within the *Immigration Act* and that s. 95 of the

par. 91(25) et de l'art. 95, ajoutant que la validité des dispositions de la *Legal Profession Act* n'est pas en cause. Toutefois, dans la mesure où ses dispositions entrent en conflit avec la loi fédérale, la *Legal Profession Act* est non pas inapplicable en vertu de la règle de l'exclusivité des compétences, mais plutôt inopérante en vertu de la règle de la prépondérance.

Le juge Mackenzie fait d'abord remarquer que le Barreau appelant a concédé que, si le gouverneur en conseil avait pris des règlements autorisant d'autres conseillers ou conseils à exercer le droit et traitant de leurs compétences et des normes applicables, il ne pourrait contester à bon droit leurs activités. Toutefois, le Barreau prétend qu'en l'absence d'un tel régime l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* doivent être interprétés comme s'appliquant uniquement aux conseillers ou conseils non rétribués. Selon le juge Mackenzie, les mentions « autre conseiller » et « autre conseil » visent les non-avocats rétribués. Le fait que l'art. 30 et le par. 69(1) n'exigent pas que l'« autre conseiller » ou l'« autre conseil » détienne une autorisation et que le pouvoir de prendre des règlements prévu à l'al. 114(1)(v) est simplement facultatif et n'a pas été exercé n'a aucune incidence sur le sens ordinaire de ces dispositions législatives. Étant donné que le Parlement a accordé au gouverneur en conseil un pouvoir de réglementation dans ce domaine, les craintes que l'intérêt public ne soit pas protégé ne sont pas fondées.

Bien que, eu égard à la concession de l'appelante, cette conclusion permette de trancher l'appel, le juge Mackenzie examine les questions constitutionnelles plus générales. Reconnaisant la validité des deux lois, il décide d'abord que la règle de l'exclusivité des compétences est inapplicable en l'espèce. Se fondant sur la règle établie dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, le juge Mackenzie conclut que la réglementation des services juridiques fournis aux personnes faisant partie de la catégorie des aubains (étrangers) ne touche pas à l'essentiel de la compétence fédérale. En outre, l'exclusivité des compétences serait incompatible avec le fait que, dans la *Loi sur*

Constitution Act, 1867 itself contemplates concurrent federal and provincial jurisdiction with respect to immigration into a province (Mackenzie J.A. found that the federal power over this statute derives from both ss. 91(25) and 95). Instead, Mackenzie J.A. held that the conflict is best resolved under the paramountcy doctrine. Paramountcy, however, only insulates the respondents' activities from the *Legal Profession Act* to the extent that they fall within the ambit of ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act*. Mackenzie J.A. stated that the Law Society might be entitled to an injunction restraining activities that are within the scope of the *Legal Profession Act* and beyond the protection of the *Immigration Act*, but the question of a more limited injunction was not addressed in argument and therefore such an order could not be made. Accordingly, Mackenzie J.A. allowed the appeal and vacated the injunction.

V. Issues

21 On September 21, 2000, McLachlin C.J. certified the following constitutional question:

1. Is s. 26 of the *Legal Profession Act*, S.B.C. 1987, c. 25, constitutionally inoperative or inapplicable to persons acting under ss. 30 and 69 of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, and its associated Rules and Regulations and, if so, are the latter provisions *ultra vires* Parliament?

22 A more detailed exposition of the issues contemplated by this question involves asking first whether ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act* and its associated Rules and Regulations are *intra vires* Parliament. If the answer to this question is in the affirmative, it should then be asked whether s. 26 (now s. 15) of the *Legal Profession Act* is inoperative or inapplicable to persons acting under ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act*. This reformulation serves the purpose of corresponding to the order of the analysis undertaken here and does not affect the substance of the stated constitutional question.

l'immigration, le Parlement a envisagé un rôle pour les avocats assujettis à la réglementation provinciale et que l'art. 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit lui-même que le fédéral et les provinces possèdent une compétence concurrente en matière d'immigration dans une province (le juge Mackenzie conclut, en effet, que la compétence fédérale relative à cette loi découle du par. 91(25) et de l'art. 95). Le juge Mackenzie considère plutôt que la meilleure façon de résoudre le conflit consiste à appliquer la règle de la prépondérance. Cependant, cette règle ne soustrait les activités des intimés à l'application de la *Legal Profession Act* que dans la mesure où elles sont visées par l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration*. Il affirme que le Barreau pourrait avoir droit à une injonction interdisant les activités qui relèvent de la *Legal Profession Act*, mais qui ne bénéficient pas de la protection de la *Loi sur l'immigration*. Cependant, comme la question d'une injonction plus limitée n'a pas été soulevée, il n'y a pas lieu de rendre une telle ordonnance. Le juge Mackenzie accueille donc l'appel et annule l'injonction.

V. Les questions en litige

Le 21 septembre 2000, le juge en chef McLachlin a formulé la question constitutionnelle suivante :

1. L'article 26 de la *Legal Profession Act*, S.B.C. 1987, ch. 25, est-il inopérant ou inapplicable du point de vue constitutionnel à l'égard des personnes agissant en vertu des art. 30 et 69 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, et ses textes d'application? Dans l'affirmative, ces dispositions excèdent-elles la compétence du Parlement?

Plus précisément, cette question comporte d'abord celle de savoir si l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* et ses textes d'application relèvent de la compétence du Parlement. Dans l'affirmative, il faut ensuite déterminer si l'art. 26 (maintenant l'art. 15) de la *Legal Profession Act* est inopérant ou inapplicable à l'égard des personnes agissant en vertu de l'art. 30 et du par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration*. Cette reformulation vise à respecter l'ordre suivi par l'analyse en l'espèce et ne modifie pas le fond de la question constitutionnelle énoncée.

VI. Analysis

First, determining the pith and substance of ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act*, I conclude that those provisions provide certain rights for aliens before the IRB, namely the right to be represented by barristers, solicitors, or other counsel for a fee before the Adjudication Division and the Refugee Division of the IRB. They also allow aliens to have the benefit of the documents prepared by such counsel for use in these proceedings and to be advised on matters relevant to their case prior to the proceedings. Second, according to the double aspect theory, this subject matter falls within both the provincial jurisdiction over civil rights in the province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* and the federal jurisdiction over aliens and naturalization under s. 91(25) of the *Constitution Act, 1867*. Statutes of the two levels of government regulating this subject matter will therefore coexist insofar as they do not conflict. Where there is a conflict, the federal legislation will prevail according to the paramountcy doctrine. In this case, there is a conflict between both statutes. The *Immigration Act* authorizes non-lawyers to appear for a fee, whereas the *Legal Profession Act* prohibits them from doing so. Dual compliance to both statutes is impossible without frustrating Parliament's purpose. The *Immigration Act* must therefore prevail over the *Legal Profession Act*.

A. *Are Sections 30 and 69(1) of the Immigration Act Intra Vires Parliament?*

To answer this question, we must engage in a two-step analysis, as was recently done in *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 15. The first step is to determine the pith and substance of the impugned provisions. The second step is to classify that essential character under one of the heads of power in the *Constitution Act, 1867* to determine whether the provisions come within the jurisdiction of the

VI. Analyse

Premièrement, en ce qui a trait à la détermination du caractère véritable de l'art. 30 et du par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration*, je conclus que ces dispositions confèrent certains droits aux étrangers qui comparaissent devant la CISR, notamment le droit de se faire représenter, moyennant rétribution, devant la section d'arbitrage et la section du statut de la CISR par un avocat ou un autre conseiller ou conseil. Elles permettent également aux étrangers de bénéficier des documents que le conseil ou conseiller en question a préparés en vue des procédures, et d'obtenir des avis sur des questions pertinentes quant à leur dossier, avant l'ouverture de ces procédures. Deuxièmement, selon la règle du double aspect, la matière en cause relève à la fois de la compétence provinciale relative aux droits civils dans la province et de la compétence fédérale concernant la naturalisation et les aubains, que confèrent respectivement les par. 92(13) et 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En conséquence, les lois des deux ordres de gouvernement qui régissent cette matière coexistent dans la mesure où elles n'entrent pas en conflit. En cas de conflit, la loi fédérale l'emportera conformément à la règle de la prépondérance. En l'espèce, les deux lois en cause entrent en conflit. La *Loi sur l'immigration* permet à des non-avocats de comparaître en qualité de procureurs rétribués alors que la *Legal Profession Act* leur interdit de le faire. Il est impossible de se conformer aux deux lois sans contrecarrer l'objectif du Parlement. La *Loi sur l'immigration* doit donc l'emporter sur la *Legal Profession Act*.

A. *L'article 30 et le par. 69(1) de la Loi sur l'immigration relèvent-ils de la compétence du Parlement?*

Pour répondre à cette question, nous devons faire une analyse en deux étapes, comme l'a fait récemment notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 15. La première étape est la recherche du caractère véritable des dispositions contestées. La seconde consiste à classer ce caractère essentiel sous l'un des chefs de compétence établis dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, afin de

enacting government. If it does, the provisions are valid.

1. What Is the Pith and Substance of Sections 30 and 69(1) of the *Immigration Act*?

(a) *Legislative Context*

25

The objectives of the *Immigration Act* are enunciated at s. 3 of the Act and include supporting the attainment of demographic goals in Canada, enriching and strengthening the cultural and social fabric of the country, fulfilling Canada's international legal obligations with respect to refugees and upholding its humanitarian tradition with respect to the displaced and persecuted, and promoting international order and justice by denying the use of Canadian territory to persons who are likely to engage in criminal activity.

26

Pursuant to the *Immigration Act*, the IRB is comprised of three divisions: the Adjudication Division, the Convention Refugee Determination Division, and the Immigration Appeal Division (s. 57(1)). Section 30 relates to proceedings before the Adjudication Division. The Adjudication Division holds inquiries and detention reviews to determine whether an individual is admissible to Canada or whether a removal order should be issued (s. 32). A hearing officer appears on behalf of the Minister.

27

Section 69(1) relates to the Refugee Division. The Refugee Division hears and determines claims to refugee status made in Canada (s. 69.1(1)). An agent or counsel may appear as the Minister's representative. The IRB may be assisted by a refugee hearing officer, also referred to as a refugee claims officer, who is a member of the IRB and will serve as counsel to the members of the panel (ss. 64(3) and 68.1).

28

The Appeal Division hears appeals from removal orders made against permanent residents and sponsors' appeals from refused family-class applications for landing (ss. 70 and 77(3)).

déterminer si les dispositions en cause relèvent de la compétence du gouvernement qui les a adoptées. Dans l'affirmative, les dispositions sont valides.

1. Quel est le caractère véritable de l'art. 30 et du par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration*?

a) *Le contexte législatif*

Les objectifs de la *Loi sur l'immigration* sont énoncés à l'art. 3 de cette loi. Ce texte législatif a notamment pour objet de réaliser les objectifs démographiques du Canada, d'enrichir et de renforcer le tissu culturel et social du pays, de remplir envers les réfugiés les obligations imposées au Canada par le droit international, de continuer à faire honneur à la tradition humanitaire du pays à l'endroit des personnes déplacées ou persécutées et de promouvoir l'ordre et la justice sur le plan international en n'acceptant pas sur le territoire canadien des personnes susceptibles de se livrer à des activités criminelles.

Conformément à la *Loi sur l'immigration*, la CISR comporte trois sections : la section d'arbitrage, la section du statut de réfugié et la section d'appel de l'immigration (par. 57(1)). L'article 30 a trait aux procédures devant la section d'arbitrage. Cette dernière tient des enquêtes et revoit les cas de détention afin de déterminer si une personne peut être admise au Canada ou si elle doit faire l'objet d'une mesure de renvoi (art. 32). Un agent d'audience comparaît au nom du ministre.

Le paragraphe 69(1) vise la section du statut de réfugié qui entend et tranche les revendications du statut de réfugié présentées au Canada (par. 69.1(1)). Un avocat ou un mandataire peut comparaître en tant que représentant du ministre. La CISR peut être assistée par un agent d'audience, aussi appelé agent chargé de la revendication, qui est membre de la CISR et qui fait fonction de conseil auprès des membres du tribunal (par. 64(3) et l'art. 68.1).

La section d'appel entend les appels interjetés contre des mesures de renvoi prises contre des résidents permanents et les appels de répondants contre le rejet de demandes parrainées d'établissement présentées par un parent (art. 70 et par. 77(3)).

The hearings before the divisions of this administrative tribunal are quasi-judicial in nature. The proceedings before the Adjudication and Refugee Divisions are to be as informal and expeditious as the circumstances and considerations of fairness permit (ss. 80.1(4) and 68(2)). Adjudicators and members of the panel are not bound by any legal or technical rules of evidence and they may receive and base a decision on evidence adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances of the case (ss. 80.1(5) and 68(3)).

Not all of the members of the IRB are required to be barristers or solicitors; nor are they all required to have legal training. The Adjudication Division is not required to have any lawyers or persons with legal training (s. 63.3). At least 10 percent of the members of the Refugee Division must be barristers or advocates of at least five years standing at a provincial bar or notaries of at least five years standing at the *Chambre des notaires du Québec* (s. 61(2)). In contrast, the Appeal Division's Deputy Chairperson and a majority of the Assistant Deputy Chairpersons must be barristers, advocates, or notaries of at least five years standing, in addition to not less than 10 per cent of the members of the Appeal Division being the same (s. 61(2)). The officers who appear on behalf of the Minister as well as the refugee hearing officers (who provide help and assistance to the members of the Refugee Division) are not required to be lawyers or to have any legal training.

(b) *What is the Subject Matter?*

Section 30 creates rights for every person with respect to whom an inquiry is to be held before the Adjudication Division to be (a) informed of the person's right to obtain the services of a barrister, solicitor, or other counsel; (b) to be given a reasonable opportunity to obtain such counsel at that person's own expense; and (c) to be represented by any such counsel at the inquiry. Section 69(1) creates rights for a person who is the subject of the proceedings before the Refugee Division to be represented at the proceedings by a barrister, solicitor, or other counsel at that person's own expense.

Les audiences devant les sections de ce tribunal administratif sont de nature quasi judiciaire. Dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent, la section d'arbitrage et la section du statut fonctionnent sans formalisme et avec célérité (par. 80.1(4) et 68(2)). Les arbitres et les membres du tribunal ne sont pas liés par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve. Ils peuvent recevoir les éléments qu'ils jugent crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder leur décision sur ces éléments (par. 80.1(5) et 68(3)).

Les membres de la CISR ne sont pas tous tenus d'être avocats; ils ne sont pas tous obligés non plus d'avoir une formation juridique. Il n'est pas nécessaire que la section d'arbitrage compte des avocats ou des personnes ayant une formation juridique (art. 63.3). Au moins 10 pour 100 des membres de cette section doivent être des avocats inscrits au barreau d'une province, ou des notaires membres de la *Chambre des notaires du Québec*, depuis au moins cinq ans (par. 61(2)). Par contre, le vice-président de la section d'appel, la majorité des vice-présidents adjoints et au moins 10 pour 100 des membres de cette section doivent être des avocats inscrits au barreau d'une province, ou des notaires membres de la *Chambre des notaires du Québec*, depuis au moins cinq ans (par. 61(2)). Il n'est pas nécessaire que les agents qui comparaissent au nom du ministre et les agents d'audience (qui assistent les membres de la section du statut) soient des avocats ou qu'ils aient une formation juridique.

b) *Quelle est la matière visée?*

L'article 30 confère les droits suivants à toute personne à l'égard de laquelle la section d'arbitrage doit tenir une enquête : a) le droit de se faire représenter par un avocat ou autre conseiller, et b) le droit de se voir accorder la possibilité de choisir ce représentant, à ses frais. Le paragraphe 69(1) confère à toute personne qui fait l'objet de procédures devant la section du statut le droit d'être représentée par un avocat ou autre conseil, à ses frais.

29

30

31

32

I conclude that the essential character, the pith and substance, of the provisions is the granting of certain rights to aliens in the immigration administrative process. The provisions provide rights to aliens to be represented in proceedings before the Adjudication and the Refugee Divisions by either barristers or solicitors or other counsel for a fee. They also provide rights to obtain services from said counsel in relation to those proceedings. This would include having the benefit of the documents prepared by such counsel for use in these proceedings and to be advised on matters relevant to their case. This is explicitly stated in s. 30 (“services”) and implicitly included in s. 69(1) since representation includes such matters as document preparation and advice in relation to the proceedings. The wording of both provisions may differ but they have the same scope. However, the entitlement is limited to these activities. Other services related to immigration were not in issue in this case and so this judgment should not be interpreted as granting a broad right to practise law in all matters concerning aliens and immigrants without being a member of the Law Society. Having determined the subject matter of the provisions of the *Immigration Act*, I will now discuss the heads of power under which the subject matter falls.

2. Under Which Head(s) of Power Do Sections 30 and 69(1) Fall?

(a) *A Federal Matter Under Section 91(25) of the Constitution Act, 1867*

33

Sections 30 and 69(1) relate to the rights of aliens in the immigration process. Determining whom aliens may choose to represent them before the Adjudication Division and the Refugee Division pertains to the procedural rights of those individuals in quasi-judicial proceedings. Such a matter falls within Parliament’s jurisdiction over naturalization and aliens pursuant to s. 91(25). The various rights, privileges, and disabilities attaching to the status of aliens have always been seen by the courts as part of the legislative preserve of Parliament under s. 91(25) (see e.g. *Union Colliery Co. of British*

Je conclus que, de par leur caractère essentiel ou véritable, les dispositions en cause ont pour objet d’accorder certains droits aux étrangers dans le processus administratif d’immigration. Elles leur confèrent le droit de se faire représenter, moyennant rétribution, par un avocat ou un autre conseil dans les procédures devant la section d’arbitrage et la section du statut. Elles leur accordent le droit de se faire représenter par ledit conseil ou conseiller aux fins de ces procédures. Un tel droit comporte celui de bénéficier des documents que le conseil ou conseiller en question a préparés en vue des procédures et d’obtenir des avis sur des questions pertinentes quant à leur dossier. Cela est prévu expressément à l’art. 30 et implicitement au par. 69(1) étant donné que la représentation comprend la préparation de documents et les consultations relatives aux procédures. Le libellé des deux dispositions peut différer, mais leur portée est la même. Cependant, le droit en cause se limite à ces activités. Comme il n’est pas question en l’espèce d’autres services en matière d’immigration, le présent arrêt ne doit pas être interprété comme conférant aux personnes qui ne sont pas membres du Barreau un droit général d’exercer le droit dans toutes les affaires mettant en cause des étrangers et des immigrants. Ayant déterminé la matière visée par les dispositions de la *Loi sur l’immigration*, je vais maintenant analyser les chefs de compétence dont elle relève.

2. De quel(s) chef(s) de compétence relèvent l’art. 30 et le par. 69(1)?

a) *Une matière fédérale en vertu du par. 91(25) de la Loi constitutionnelle de 1867*

L’article 30 et le par. 69(1) traitent des droits des étrangers dans le processus d’immigration. La question de savoir qui les étrangers peuvent choisir pour les représenter devant la section d’arbitrage et la section du statut ressortit aux droits procéduraux qu’ils possèdent en matière quasi judiciaire. Cette matière relève de la compétence relative à la naturalisation et aux aubains que le Parlement possède en vertu du par. 91(25). Les tribunaux ont toujours considéré que les divers droits, privilèges et incapacités rattachées au statut d’étranger relèvent de la compétence exclusive que le par.

Columbia v. Bryden, [1899] A.C. 580 (P.C.); *Cunningham v. Homma*, [1903] A.C. 151 (P.C.); and *Brooks-Bidlake and Whittall, Ltd. v. Attorney-General for British Columbia*, [1923] A.C. 450 (P.C.), for the early jurisprudence).

Flowing from this jurisdiction over aliens and naturalization is the authority to establish a tribunal to determine immigration rights in individual cases as part of the administration of these rights. Also flowing from this jurisdiction is the authority to provide for the powers of such a tribunal and its procedure including that of appearance before it. The federal legislative jurisdiction in the field of aliens and naturalization includes the power to establish a tribunal like the IRB since that jurisdiction includes the power to make decisions as to who constitutes an alien and who ought to be naturalized. In order to make such decisions while ensuring compliance with the requirements of natural justice and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the federal government must be free to determine the nature and content of, and participants in, a fair procedure for making such determinations.

The existence of s. 95 of the *Constitution Act, 1867*, which establishes federal jurisdiction over "Immigration into all or any of the Provinces" might raise some question as to the specific federal constitutional basis for ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act*. The case law and literature on s. 95 have tended to focus on the federal-provincial concurrency and conflict related to that section rather than the tension within the federal domain between ss. 91(25) and 95 (see e.g. *In re Nakane and Okazake* (1908), 13 B.C.R. 370 (C.A.); *In re Narain Singh* (1908), 13 B.C.R. 477 (S.C.); *R. v. Hildebrand*, [1919] 3 W.W.R. 286 (Man. C.A.); P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 15-40, and vol. 2, at p. 43-2 (fn. 4); and L. Waldman, *Immigration Law and Practice* (loose-leaf ed.), vol. 1, at §§ 1.15 et seq.). In *In Re The Immigration Act and Munshi Singh*, [1914] 6 W.W.R. 1347 (B.C.C.A.), the court turned its

91(25) confère au Parlement (voir, par exemple, *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580 (C.P.), *Cunningham c. Homma*, [1903] A.C. 15 (C.P.), et *Brooks-Bidlake and Whittall, Ltd. c. Attorney-General for British Columbia*, [1923] A.C. 450 (C.P.), en ce qui concerne la jurisprudence plus ancienne).

De cette compétence relative à la naturalisation et aux aubains découle le pouvoir de constituer un tribunal administratif chargé de statuer sur les droits en matière d'immigration dans chaque cas particulier, dans le cadre de l'administration de ces droits. La capacité de prescrire les pouvoirs d'un tel tribunal et sa procédure, dont la procédure de comparution devant lui, découle également de cette compétence. La compétence législative fédérale dans le domaine de la naturalisation et des aubains comporte le pouvoir d'établir un tribunal comme la CISR, étant donné qu'elle inclut le pouvoir de décider qui est un étranger et qui devrait être naturalisé. Pour que de telles décisions puissent respecter les exigences de la justice naturelle et la *Charte canadienne des droits et libertés*, le gouvernement fédéral doit pouvoir déterminer la nature et le contenu d'une procédure équitable en la matière et qui peut y participer.

L'existence de l'art. 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui établit la compétence fédérale en matière d'« immigration dans toutes les provinces ou aucune d'elles en particulier » peut soulever certaines questions au sujet du chef de compétence constitutionnelle fédérale spécifique dont relèvent l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration*. La jurisprudence et la doctrine relatives à l'art. 95 tendent à mettre l'accent non pas sur la tension qui existe entre le par. 91(25) et l'art. 95 dans le champ de compétence fédérale, mais plutôt sur la compétence concurrente du fédéral et des provinces en la matière et sur les conflits liés à cette disposition (voir, par exemple, *In re Nakane and Okazake* (1908), 13 B.C.R. 370 (C.A.); *In re Narain Singh* (1908), 13 B.C.R. 477 (C.S.); *R. c. Hildebrand*, [1919] 3 W.W.R. 286 (C.A. Man.); P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 15-40, et vol. 2, p. 43-2 (renvoi 4); L. Waldman, *Immigration Law and Practice*

mind to the dual existence of ss. 91(25) and 95 but left the matter inconclusively resolved by stating that federal powers of detention over non-citizens could be grounded in either ss. 95, 91(25) or Parliament's residuary power over peace, order, and good government. D. B. N. Bagambiire in *Canadian Immigration and Refugee Law* (1996), at p. 9, says that the basis for immigration legislation is s. 95. As support for this statement, he cites the *Immigration Act, 1869*, S.C. 1869, c. 10, where the preamble says:

WHEREAS the concurrent jurisdiction given to Canada and to the Provinces by the 95th section of the British North America Act, 1867, is, according to arrangements arrived at by the different governments concerned, to be exercised as follow

The preamble then goes on to list what the federal government and provincial governments may do, respectively, in the area of immigration.

36 It is an overstatement to say that the whole of the *Immigration Act* finds its constitutional basis in this or that particular section of the *Constitution Act, 1867*. Provisions of a varying nature can be found in the Act, and the federal constitutional basis for them will vary accordingly.

37 Both ss. 30 and 69(1) relate to the delineation of the procedural rights of aliens, as refugee claimants, permanent residents, or visitors. Since the pith and substance of these provisions is the rights that aliens possess in front of certain divisions of the IRB and the procedure before those divisions, they therefore fall under s. 91(25), given that section's granting of jurisdiction over aliens and naturalization.

(b) *A Provincial Matter Under Sections 92(13) of the Constitution Act, 1867*

(feuilles mobiles), vol. 1, §§ 1.15 et suiv.). Dans l'arrêt *In Re The Immigration Act and Munshi Singh*, [1914] 6 W.W.R. 1347, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est penchée sur la coexistence du par. 91(25) et de l'art. 95, mais n'a pas réglé la question de manière définitive lorsqu'elle a affirmé que les pouvoirs fédéraux de détention de non-citoyens pouvaient reposer sur l'art. 95, le par. 91(25) ou le pouvoir résiduaire du Parlement en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement. D. B. N. Bagambiire, à la p. 9 de son ouvrage intitulé *Canadian Immigration and Refugee Law* (1996), affirme que les lois en matière d'immigration reposent sur l'art. 95. À l'appui de cette affirmation, il cite le préambule de l'*Acte d'immigration, 1869*, S.C. 1869, ch. 10 :

CONSIDÉRANT que la juridiction concurrente que la 95e section de l'acte de l'Amérique Britannique du Nord, 1867, attribue au Canada et aux provinces, doit s'exercer comme suit, en conformité d'une convention arrêtée entre les différents gouvernements intéressés

Le préambule énonce ensuite ce que les gouvernements fédéral et provinciaux peuvent faire respectivement dans le domaine de l'immigration.

Il est exagéré de dire que la *Loi sur l'immigration* repose, dans son ensemble, sur telle ou telle disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Loi contient des dispositions de nature diverse, et le chef de compétence fédérale sur lequel ces dispositions reposent peut varier en conséquence.

L'article 30 et le par. 69(1) énoncent les droits procéduraux des étrangers en tant que revendicateurs du statut de réfugié, de résidents permanents ou de visiteurs. Ces dispositions relèvent du par. 91(25) étant donné que, de par leur caractère véritable, elles ont trait aux droits que les étrangers possèdent devant certaines sections de la CISR et à la procédure applicable devant celles-ci, et que le par. 91(25) confère la compétence relative à la naturalisation et aux aubains.

b) *Une matière provinciale en vertu du par. 92(13) de la Loi constitutionnelle de 1867*

Representation before a tribunal has as its object the determination of legal rights. It falls within the scope of legal representation and the practice of law. Parliament itself has acknowledged that legal aspect by imposing certain quotas of lawyers' membership in the Refugee Division and Appeal Division, as well as providing a right of representation by barristers or solicitors. Sections 30 and 69(1) relate to the legal profession and therefore to professions in general. The parties agree that the provinces have legislative authority to regulate the practice of law in the province under s. 92(13) as part of the provinces' jurisdiction over professional regulation.

In *Lafferty v. Lincoln* (1907), 38 S.C.R. 620, this Court indirectly held that the enactment of standards for the practice of law fell within property and civil rights in the province. The main statements to which the appellant refers were not conclusive since they were expressed on behalf of the minority. On the other hand, it can be said that the majority implied that the regulation of medicine was a question of property and civil rights.

In *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307 (the *Jabour* Case), at p. 335, Estey J., examining the provisions of the *Legal Profession Act*, held that he could see "no constitutional consequences necessarily flowing from the regulatory mode adopted by the province in legislation validly enacted within its sovereign sphere as is the case here" (although he acknowledged that none of the parties challenged the right of the provinces to enact the legislation). In *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, Iacobucci and Bastarache JJ., drawing a parallel with the impugned regulations in *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, stated at para. 78 that both Ontario and Manitoba were entitled to set their own qualifications for the exercise of a profession under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. J. T. Casey in *The Regulation of Professions in Canada* (1994), at pp. 2-1 to 2-4, states that s.

La représentation devant un tribunal administratif vise à déterminer les droits reconnus par la loi. Cet objectif relève de la représentation par avocat et de l'exercice du droit. Le Parlement a lui-même reconnu cet aspect juridique en prévoyant qu'un certain pourcentage des membres de la section du statut et de la section d'appel doivent être avocats, et en accordant un droit à la représentation par avocat. L'article 30 et le par. 69(1) ont trait à la profession juridique et donc aux professions en général. Les parties ont convenu que, dans le cadre de leur compétence en matière de réglementation des professions, les provinces ont le pouvoir de réglementer l'exercice du droit à l'intérieur de leurs frontières respectives en vertu du par. 92(13).

Dans l'arrêt *Lafferty c. Lincoln* (1907), 38 R.C.S. 620, notre Cour a statué indirectement que l'adoption de normes applicables à l'exercice du droit relevait de la propriété et des droits civils dans la province. Les principales affirmations mentionnées par l'appelante ne sont pas concluantes étant donné qu'elles ont été faites au nom des juges minoritaires. Par contre, on peut dire que les juges majoritaires ont laissé entendre que la réglementation de l'exercice de la médecine relevait de la propriété et des droits civils.

Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 (l'affaire *Jabour*), p. 335, le juge Estey, après avoir examiné les dispositions de la *Legal Profession Act*, a conclu qu'il ne voyait « aucune conséquence constitutionnelle qui découle nécessairement du mode de réglementation établi par la province au moyen d'une loi valablement adoptée dans l'exercice de sa compétence exclusive, comme c'est le cas en l'espèce » (quoiqu'il ait reconnu qu'aucune des parties n'avait contesté le droit des provinces d'adopter la loi en cause). Dans l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, les juges Iacobucci et Bastarache, faisant une comparaison avec les règlements contestés dans *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, ont affirmé, au par. 78, que l'Ontario et le Manitoba ont le droit d'établir leurs propres conditions d'admissibilité à l'exercice d'une profession en vertu du par. 92(13)

92(13) is the provincial basis for the regulation of professions.

de la *Loi constitutionnelle de 1867*. J. T. Casey, dans *The Regulation of Professions in Canada* (1994), p. 2-1 à 2-4, dit que le par. 92(13) constitue le chef de compétence provinciale qui permet de réglementer les professions.

41 Provincial law societies or bars are entrusted with the mandate of governing the legal profession with a view towards protecting the public when professional services are rendered. In exchange for a monopoly on the exercise of the profession and in accordance with the primary purpose of protecting the public in its dealings with lawyers, the bar must establish criteria for jurists to qualify as members, rules of discipline and mechanisms to enforce them, the contours of professional liability, a system of professional insurance, and guidelines and rules on the handling of trust funds. In this context, the bar is entrusted with policing the illegal practice of law both to enforce its monopoly and to protect the public from imposters. This is the purpose behind s. 26 of the *Legal Profession Act* (s. 15 in the current incarnation). Insofar as appearing before the IRB in the capacity of counsel involves the practice of law, the subject matter is as much covered by s. 26 of the *Legal Profession Act* as it is by ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act*.

Les barreaux provinciaux ont le mandat de réglementer l'exercice de la profession juridique en vue d'assurer la protection du public lors de la prestation de services professionnels. En échange d'un monopole sur l'exercice de la profession et conformément à l'objectif premier de protection des justiciables lorsqu'ils traitent avec des avocats, le barreau est tenu d'établir des critères d'admissibilité auxquels doivent satisfaire les juristes, des règles de discipline et des mécanismes permettant de les mettre en application, la portée de la responsabilité professionnelle, un régime d'assurance responsabilité professionnelle, ainsi que des lignes directrices et des règles concernant la gestion de fonds en fiducie. Dans ce contexte, le barreau est chargé d'empêcher l'exercice illégal du droit en vue à la fois de faire respecter son monopole et de protéger le public contre les imposteurs. Il s'agit là de l'objectif qui sous-tend l'art. 26 de la *Legal Profession Act* (désormais l'art. 15). Dans la mesure où elle comporte l'exercice du droit, la comparution devant la CISR en qualité de conseil ou conseiller est autant visée par l'art. 26 de la *Legal Profession Act* que par l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration*.

42 While provinces may regulate professions as part of their jurisdiction over property and civil rights, the legal profession is also part of the administration of justice in the province, which s. 92(14) attributes to the provinces.

Bien que les provinces puissent réglementer les professions en vertu de leur compétence en matière de propriété et de droits civils, la profession juridique fait également partie de l'administration de la justice dans la province, que le par. 92(14) attribue aux provinces.

43 McIntyre J., in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 187-88, said quite explicitly that, as officers of the court, lawyers are part of the administration of justice:

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 187-188, le juge McIntyre affirme très clairement qu'en leur qualité d'officiers de justice les avocats font partie de l'administration de la justice :

It is incontestable that the legal profession plays a very significant — in fact, a fundamentally important — role in the administration of justice, both in the criminal and the civil law. I would not attempt to answer the

Il est incontestable que la profession juridique joue un rôle très important et, en fait, un rôle d'une importance fondamentale dans l'administration de la justice tant en matière criminelle qu'en matière civile. Je n'essaierai

question arising from the judgments below as to whether the function of the profession may be termed judicial or quasi-judicial, but I would observe that in the absence of an independent legal profession, skilled and qualified to play its part in the administration of justice and the judicial process, the whole legal system would be in a parlous state. In the performance of what may be called his private function, that is, in advising on legal matters and in representing clients before the courts and other tribunals, the lawyer is accorded great powers not permitted to other professionals. . . . By any standard, these powers and duties are vital to the maintenance of order in our society and the due administration of the law in the interest of the whole community.

There was no serious disagreement with this statement among the other judges. La Forest J. (writing for himself), at p. 203 said: "It is only in the most unreal sense that it can be said that a lawyer working for a private client plays a role in the administration of justice that would require him or her to be a citizen in order to be allowed to participate therein." I read that statement as saying that the lawyer's role is not such in the administration of justice as to require citizenship.

Lamer J. (as he then was) in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 883, referred to the right to confidentiality enjoyed by a client with his lawyer as being essential to the administration of justice. In *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, both the majority and the minority considered the maintenance of clients' secrets held by lawyers as being essential to the administration of justice and of the public's confidence in it (see Sopinka J. at pp. 1245 and 1263, and Cory J., at p. 1270; see also *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, at paras. 31-33). Cory J. in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 177, mentioned the importance of counsel's reputation for integrity within the whole system of administration of justice. In *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec* (1982), 142 D.L.R. (3d) 512 (Que. Sup. Ct.), which this Court referred to in *Canadian*

pas de répondre à la question que soulèvent les décisions des tribunaux d'instance inférieure et qui consiste à savoir si le rôle de la profession juridique peut être qualifié de judiciaire ou de quasi judiciaire, mais je soulignerai qu'en l'absence d'une profession juridique indépendante, possédant l'expérience et les compétences nécessaires à l'exercice de son rôle dans l'administration de la justice et le processus judiciaire, le système juridique en entier serait dans un état précaire. Dans l'exercice de ce que l'on pourrait appeler ses fonctions de nature privée, c'est-à-dire, en jouant le rôle de conseiller juridique et de représentant de clients devant les tribunaux judiciaires et autres, l'avocat se voit conférer de vastes pouvoirs non consentis aux membres d'autres professions libérales [. . .] Peu importe la norme qu'on applique, ces pouvoirs et fonctions sont essentiels au maintien de l'ordre dans notre société et à l'application régulière de la loi dans l'intérêt de toute la collectivité.

Les autres juges n'ont exprimé aucun désaccord sérieux avec cette affirmation. Le juge La Forest (s'exprimant en son propre nom) affirme, à la p. 203 : « Il est très irréaliste de dire qu'un avocat qui représente un particulier joue dans l'administration de la justice un rôle qui l'oblige à avoir la citoyenneté pour être en mesure d'y participer. » À mon avis, cette affirmation signifie que le rôle que joue un avocat dans l'administration de la justice n'est pas tel qu'il l'oblige à avoir la citoyenneté.

Dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 883, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) affirme que le droit à la confidentialité des communications du client avec son avocat est essentiel à l'administration de la justice. Dans l'arrêt *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, les juges majoritaires et les juges minoritaires ont estimé que la protection du secret professionnel de l'avocat est essentielle à l'administration de la justice et au maintien de la confiance du public dans celle-ci (voir le juge Sopinka, p. 1245 et 1263, et le juge Cory, p. 1270; voir également *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, par. 31-33). Dans l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 177, le juge Cory mentionne l'importance de la réputation d'intégrité des avocats dans l'ensemble du système d'administration de la justice. Dans la décision *Malartic Hygrade*

Egg Marketing Agency, supra, at paras. 51 and 79, Deschênes C.J.S.C. said that a legislative provision limiting the right of non-Quebec lawyers to appear before courts in Quebec had to do with considerations relating to the good administration of justice.

Gold Mines (Quebec) Ltd. c. La Reine, [1982] C.S. 1146, à laquelle notre Cour renvoie dans l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs*, précité, par. 51 et 79, le juge en chef Deschênes a affirmé qu'une disposition législative limitant le droit des avocats qui ne relèvent pas du Québec de plaider devant les tribunaux québécois était fondée sur des considérations relatives à la saine administration de la justice.

45 I most recently said in *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45, at para. 49, that lawyers play an essential role in society and that they are officers of the court. Accordingly, they have the obligation of upholding the various attributes of the administration of justice such as judicial impartiality and independence, as well as professional honesty and loyalty.

Récemment, j'ai affirmé, au par. 49 de l'arrêt *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45, que l'avocat joue un rôle essentiel dans la société et qu'il est un officier de justice. En conséquence, il est tenu de soutenir les différentes qualités de l'administration de la justice telles l'impartialité et l'indépendance des tribunaux ainsi que l'honnêteté et la loyauté professionnelles.

46 Lawyers are an integral part of the administration of justice, and thus to that extent provincial legislation in relation to lawyers may very well derive its authority from s. 92(14) as much as s. 92(13). However, since this issue was not central to the case at bar, I will refrain from expanding on this question any further.

Les avocats font partie intégrante de l'administration de la justice; dans cette mesure, le pouvoir des provinces d'adopter des lois relatives aux avocats peut donc tout aussi bien découler du par. 92(14) que du par. 92(13). Cependant, comme il ne s'agit pas d'une question essentielle en l'espèce, je m'abstiendrai d'en traiter davantage.

47 The subject matter of the representation of aliens by counsel before the IRB has federal and provincial aspects. Parliament and the provincial legislatures can both legislate pursuant to their respective jurisdiction and respective purpose. The federal and provincial statutes and rules or regulations in this regard will coexist insofar as there is no conflict.

La représentation des étrangers par un conseil ou conseiller devant la CISR comporte un aspect fédéral et un aspect provincial. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent tous deux légiférer conformément à leur compétence et à leurs fins respectives. Dans ce domaine, les lois fédérales et les lois provinciales ainsi que leurs textes d'application respectifs coexistent dans la mesure où ils n'entrent pas en conflit.

B. *Double Aspect Doctrine*

B. *La règle du double aspect*

48 The Privy Council first enunciated the doctrine of double aspect in the case of *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, at p. 130, where it was said that "subjects which in one aspect and for one purpose fall within sect. 92, may in another aspect and for another purpose fall within sect. 91". Dickson J. (as he then was) canvassed the same doctrine in *Multiple Access Ltd. v. McCut-*

Le Conseil privé a énoncé pour la première fois la règle du double aspect dans l'arrêt *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, p. 130 : [TRADUCTION] « des sujets qui, à un égard et pour un motif précis, relèvent de l'art. 92 peuvent, à un autre égard et pour un autre motif, relever de l'art. 91 ». Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a examiné la même règle dans l'arrêt *Mul-*

eon, [1982] 2 S.C.R. 161, at pp. 180-81 where he said:

Because “[t]he language of [ss. 91 and 92] and of the various heads which they contain obviously cannot be construed as having been intended to embody the exact disjunctions of a perfect logical scheme” (*John Deere Plow Co. v. Wharton*, *supra*, at p. 338 *per* Viscount Haldane), a statute may fall under several heads of either s. 91 or s. 92. For example, a provincial statute will often fall under both s. 92(13), property and civil rights and s. 92(16), a purely local matter, given the broad generality of the language. There is, of course, no constitutional difficulty in this. The constitutional difficulty arises, however, when a statute may be characterized, as often happens, as coming within a federal as well as a provincial head of power. . . .

I incline to the view that the impugned insider trading provisions have both a securities law and a companies law aspect and would adopt as the test for applying the double aspect doctrine to validate both sets of legislative provisions, that formulated by Professor Lederman:

But if the contrast between the relative importance of the two features is not so sharp, what then? Here we come upon the double-aspect theory of interpretation, which constitutes the second way in which the courts have dealt with inevitably overlapping categories. When the court considers that the federal and provincial features of the challenged rule are of roughly equivalent importance so that neither should be ignored respecting the division of legislative powers, the decision is made that the challenged rule could be enacted by either the federal Parliament or provincial legislature. In the language of the Privy Council, “subjects which in one aspect and for one purpose fall within sect. 92, may in another aspect and for another purpose fall within sect. 91”. [Emphasis added.]

The double aspect doctrine has been notably applied for the following subject matters: highway traffic (*O’Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Stephens v. The Queen*, [1960] S.C.R. 823; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238); provincial securities regulations (*Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, and *Multiple Access*, *supra*);

Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 180-181 :

Parce que [TRADUCTION] « le langage [des art. 91 et 92] et des divers paragraphes qu’ils comportent ne peut évidemment être interprété comme conçu de manière à tracer les contours précis d’un système logique parfait » (*John Deere Plow Co. v. Wharton*, précité, à la p. 338, motifs du vicomte Haldane), une loi peut relever de plusieurs paragraphes de l’un ou l’autre des art. 91 ou 92. Par exemple, une loi provinciale relève souvent à la fois du par. 92(13), propriété et droits civils, et du par. 92(16), une matière de nature purement locale, en raison du caractère très général du langage utilisé. Cela ne soulève évidemment aucun problème constitutionnel. Le problème constitutionnel se pose toutefois lorsqu’on peut dire d’une loi, comme cela se produit souvent, qu’elle relève à la fois d’un domaine de compétence fédérale et d’un domaine de compétence provinciale. . . .

Je suis porté à croire que les dispositions attaquées concernant les opérations des dirigeants touchent à la fois au droit des valeurs mobilières et au droit corporatif, et pour appliquer la doctrine du double aspect en vue de sanctionner les deux ensembles de dispositions législatives, j’adopte le critère formulé par le professeur Lederman :

[TRADUCTION] Mais qu’arrive-t-il si le contraste entre l’importance relative de ces deux aspects n’est pas aussi net? Nous touchons ici la théorie d’interprétation du double aspect, qui constitue la deuxième façon dont les cours ont envisagé des catégories qui se chevauchent inévitablement. Lorsque la cour estime que les aspects fédéral et provincial de la règle attaquée sont d’importance à peu près équivalente de sorte qu’aucun de ces aspects ne peut être ignoré relativement au partage des pouvoirs législatifs, elle décide que la règle contestée peut être adoptée tant par le Parlement fédéral que par la législature provinciale. Comme l’a dit le Conseil privé, « des sujets qui, à un égard et pour un motif précis relèvent de l’art. 92 peuvent, à un autre égard et pour un autre motif, relever de l’art. 91 ». [Je souligne.]

La règle du double aspect a été appliquée notamment à l’égard des matières suivantes : circulation routière (*O’Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Stephens c. The Queen*, [1960] R.C.S. 823; *Mann c. The Queen*, [1966] R.C.S. 238); réglementation provinciale des valeurs mobilières (*Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, et *Multiple Access*,

insolvency (*Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (P.C.) (*Voluntary Assignments* case), and *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753); temperance (*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (P.C.) (*Local Prohibition* case)); interest rates (*Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570); maintenance of spouses and children, and custody of children (*Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.)); entertainment in taverns (*Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59); and gaming (*R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89). See generally Hogg, *supra*, vol. 1, at pp. 15-11 and 15-12.

précité); insolvabilité (*Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (C.P.) (l'affaire des *cessions volontaires*), et *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753); tempérance (*Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (C.P.) (l'affaire des *prohibitions locales*)); taux d'intérêt (*Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570); entretien des conjoints et des enfants, et garde des enfants (*Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.)); spectacles dans des débits de boissons alcoolisées (*Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59); jeu (*R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89). Voir, de manière générale, Hogg, *op. cit.*, vol. 1, p. 15-11 et 15-12.

50

Both the federal and provincial features of the challenged provisions are of equivalent importance, and so neither should be ignored in the analysis of the division of powers. Parliament must be allowed to determine who may appear before tribunals it has created, and the provinces must be allowed to regulate the practice of law as they have always done. Having determined that there are both federal and provincial constitutional aspects to the subject matter in ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act*, the sections are validly enacted by Parliament under the double aspect doctrine. Accordingly, the three-step test set out by Dickson C.J. in *General Motors*, *supra*, at pp. 666-72, is not applicable since no issue of intrusion into the provincial power arises.

L'aspect fédéral et l'aspect provincial des dispositions contestées ont une importance équivalente de sorte qu'aucun de ces aspects ne saurait être ignoré dans l'analyse du partage des pouvoirs. Le Parlement doit pouvoir décider qui peut comparaître devant les tribunaux administratifs qu'il a créés et les provinces doivent pouvoir régler l'exercice du droit comme elles l'ont toujours fait. Après avoir décidé que la matière visée à l'art. 30 et au par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* comporte à la fois un aspect constitutionnel fédéral et un aspect constitutionnel provincial, on peut conclure, en vertu de la règle du double aspect, que le Parlement a validement adopté ces dispositions. En conséquence, le critère à trois volets énoncé par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *General Motors*, précité, p. 666-672, ne s'applique pas étant donné qu'aucune question d'empiétement sur la compétence des provinces n'est soulevée.

C. Application of the Paramountcy Doctrine

C. Application de la règle de la prépondérance

51

There was much argument submitted by the parties regarding the respective preferability of the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity in determining the manner in which the federal provisions would prevail over the provincial legislation. The latter doctrine has received its classical application in *Bell Canada*, *supra*.

Les parties ont avancé de nombreux arguments quant à savoir laquelle de la règle de la prépondérance ou de la règle de l'exclusivité des compétences doit être préférée pour déterminer la manière dont les dispositions fédérales l'emporteraient sur les dispositions provinciales. L'application classique de la règle de l'exclusivité des compétences se

The authority for the former is *Multiple Access*, *supra*.

I believe Mackenzie J.A. disposed of this question in a satisfactory manner. Paramountcy is the more appropriate doctrine in this case. The existence of a double aspect to the subject matter of ss. 30 and 69(1) favours the application of the paramountcy doctrine rather than the doctrine of interjurisdictional immunity. While the role for provincially regulated lawyers is non-exclusive, it is nonetheless inconsistent with interjurisdictional immunity, which would exclude provincial legislation, even if Parliament did not legislate in the area. The application of the interjurisdictional immunity doctrine in such a context might lead to a bifurcation of the regulation and control of the legal profession in Canada. The application of the paramountcy doctrine safeguards the control by Parliament over the administrative tribunals it creates. At the same time, it preserves the principle of a unified control of the legal profession by the various law societies throughout Canada. By the very statutory scheme for immigration tribunals in the *Immigration Act*, Parliament contemplated a role for provincially regulated lawyers. While I have determined the pith and substance of the provisions in question to be in relation to aliens and naturalization under s. 91(25), immigration in general is subject to a joint federal and provincial jurisdiction. Section 95 establishes this and itself contains a paramountcy provision. Thus, there is no clear boundary between the federal and provincial jurisdiction in this matter generally. Finally, the immigration aspects of the legal affairs of aliens are not easily distinguishable from the non-immigration aspects of their legal affairs.

The respondent Sparling brought to the attention of this Court the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Lewis* (1997), 155 D.L.R. (4th) 442, where Rosenberg J.A. applied the interjurisdictional immunity doctrine in holding that provin-

trouve dans l'arrêt *Bell Canada*, précité. L'arrêt *Multiple Access*, précité, expose la règle de la prépondérance.

Je crois que le juge Mackenzie a tranché cette question de manière satisfaisante. La règle de la prépondérance est celle qui convient davantage en l'espèce. Le fait que la matière visée à l'art. 30 et au par. 69(1) comporte un double aspect joue en faveur de l'application de la règle de la prépondérance plutôt que de celle de l'exclusivité des compétences. Bien que le rôle attribué aux avocats assujettis à la réglementation provinciale ne soit pas exclusif, il est néanmoins incompatible avec la règle de l'exclusivité des compétences qui exclurait les dispositions législatives provinciales, même en l'absence de législation fédérale en la matière. L'application de la règle de l'exclusivité des compétences dans un tel contexte pourrait mener à une division de la réglementation et du contrôle de la profession juridique au Canada. L'application de la règle de la prépondérance préserve le contrôle du Parlement sur les tribunaux administratifs qu'il crée. En même temps, elle préserve le principe du contrôle unifié de la profession juridique par les divers barreaux au Canada. Dans le régime législatif même qu'il a établi pour les tribunaux de l'immigration dans la *Loi sur l'immigration*, le Parlement a envisagé un rôle pour les avocats assujettis à la réglementation provinciale. Bien que j'aie décidé que, de par leur caractère véritable, les dispositions en cause ont trait à la naturalisation et aux aubains dont il est question au par. 91(25), l'immigration relève en général de la compétence concurrente du fédéral et des provinces. C'est ce qu'établit l'art. 95 qui prévoit lui-même la prépondérance fédérale. En conséquence, d'un point de vue général, il n'y a pas de ligne de démarcation claire entre la compétence fédérale et la compétence provinciale en la matière. Enfin, il n'est pas facile de distinguer les aspects de la situation juridique des étrangers qui ont trait à l'immigration de ceux qui n'y ont pas trait.

L'intimée Sparling a évoqué l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Lewis* (1997), 155 D.L.R. (4th) 442, où le juge Rosenberg a appliqué la règle de l'exclusivité des compétences en décidant que la loi provinciale ne pouvait pas restreindre l'éventail

cial legislation could not limit the range of persons qualified to be auditors for the purpose of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2. While the latter Act permitted a wide range of accounting practitioners, as defined by provincial legislation, to carry out an audit for federal election candidates, such a task was reserved for chartered accountants by the provincial legislation.

des personnes ayant qualité pour agir à titre de vérificateurs aux fins de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2. Même si cette dernière loi permettait à un large éventail d'experts-comptables, au sens de la loi provinciale, d'effectuer des vérifications pour des candidats à une élection fédérale, une telle tâche était réservée aux comptables agréés en vertu de la loi provinciale.

54

The result achieved in that case is certainly agreed with by this Court. However, the same result could have been achieved by the more supple paramountcy doctrine rather than the interjurisdictional immunity doctrine, especially since the federal legislation was itself resorting to provincial definitions of accounting professionals in determining the range of persons qualified to act, thus creating a role for provincial regulatory legislation.

Notre Cour est certes d'accord avec le résultat auquel est parvenue la Cour d'appel de l'Ontario dans cette affaire. Toutefois, il aurait été possible d'arriver au même résultat en appliquant la règle plus souple de la prépondérance au lieu de celle de l'exclusivité des compétences, notamment puisque la loi fédérale elle-même faisait appel aux définitions d'experts-comptables établies par le législateur provincial pour déterminer l'éventail des personnes ayant qualité pour agir, et créait ainsi un rôle pour les lois provinciales de nature réglementaire.

1. Is Section 26 of the *Legal Profession Act* Constitutionally Inoperative to Persons Acting Under Sections 30 and 69(1) of the *Immigration Act* and its Associated Rules and Regulations?
 - (a) *Does the Immigration Act Authorize Non-lawyers to Act for a Fee?*
 - (i) The Expression "Other Counsel" Is Not Restricted to Lawyers

1. L'article 26 de la *Legal Profession Act* est-il inopérant du point de vue constitutionnel à l'égard des personnes agissant en vertu de l'art. 30 et du par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* et ses textes d'application?
 - a) *La Loi sur l'immigration autorise-t-elle les non-avocats à agir moyennant rétribution?*
 - (i) Les expressions « autre conseiller » et « autre conseil » ne s'entendent pas uniquement des avocats

55

The term "other counsel" in ss. 30 and 69(1) cannot be a simple repetition or another way of expressing the concept of lawyers. It is plain from the structure of the Act that this expression is used in contradistinction to the terms "barrister and solicitor". Lawyers are either barristers or solicitors, so "other counsel" must mean non-lawyers.

Les expressions « autre conseiller » et « autre conseil » contenues à l'art. 30 et au par. 69(1) respectivement ne sauraient constituer une simple répétition ou une autre façon d'exprimer la notion d'avocat. Il ressort clairement de la formulation de la Loi que ces expressions sont utilisées par opposition au terme « avocat ». Du fait que l'expression « autre conseil » ou « autre conseiller » est opposée au terme « avocat », elle doit sûrement s'entendre d'un non-avocat.

56

Section 114(1)(v) refers directly to any person, other than a person who is a member of the bar,

L'alinéa 114(1)v) mentionne directement quiconque comparaît sans être membre du barreau, ce

which demonstrates that Parliament has contemplated a role played by non-lawyers in the immigration process. The fact that the Governor in Council has not yet established a licensing system in this area pursuant to s. 114(1)(v) is irrelevant to the meaning of ss. 30 and 69(1). As Mackenzie J.A. pointed out for the British Columbia Court of Appeal, there is nothing in those provisions which requires other counsel, whether they act for a fee or not, to be licensed. Moreover, s. 114 is only permissive. It cannot incorporate a licensing requirement for “other counsel” in ss. 30 and 69(1). Quite to the contrary, the fact that s. 114(1)(v) creates only the possibility for the regulation of a “person, other than a person who is a member of the bar of any province” reveals Parliament’s primary intent to permit a class of people to be representatives and render services in that capacity, and its secondary intent to allow for the regulation of that class of people.

As further confirmation of this interpretation of “other counsel”, s. 2 of the *Adjudication Division Rules* defines “counsel” as “a person who represents a party in any proceeding before the Adjudication Division”, and therefore the term is not limited to a member of the bar of a province. Since s. 2 of the *Convention Refugee Determination Division Rules* merely refers back to s. 69(1), the provision in the *Adjudication Division Rules* is the most revealing as to the scope of the term in both ss. 30 and 69(1).

This interpretation is consistent with the constitution of federal tribunals generally. Many federal tribunals allow representation by counsel other than barristers or solicitors: “agent” before the Civil Aviation Tribunal under the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2, s. 37(2); representative of an RCMP

qui démontre que le Parlement a prévu que des personnes qui ne sont pas des avocats joueraient un rôle dans le processus d’immigration. Le fait que le gouverneur en conseil n’ait pas encore établi un régime d’autorisation dans ce domaine, conformément à l’al. 114(1)v, n’a aucune importance en ce qui concerne le sens de l’art. 30 et du par. 69(1). Comme l’a souligné le juge Mackenzie au nom de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, rien dans ces dispositions n’exige que les autres conseillers ou conseils, qu’ils agissent ou non moyennant rétribution, détiennent une autorisation. En outre, l’art. 114 crée seulement une faculté. Il ne peut comporter une exigence que les « autre[s] conseiller[s] » et les « autre[s] conseil[s] » mentionnés à l’art. 30 et au par. 69(1) respectivement détiennent une autorisation. Bien au contraire, le fait que l’al. 114(1)v crée uniquement la possibilité de réglementer « quiconque comparait [. . .] sans être membre du barreau d’une province » indique que le Parlement avait d’abord et avant tout l’intention d’autoriser une catégorie de personnes à agir comme représentants et à fournir des services en cette qualité, et qu’il avait ensuite l’intention de permettre que cette catégorie de personnes soit assujettie à une réglementation.

L’article 2 des *Règles de la section d’arbitrage*, qui définit le terme « conseil » comme étant une « [p]ersonne qui représente une partie dans toute affaire dont connaît la section d’arbitrage », confirme également cette interprétation de l’expression « autre conseiller » ou « autre conseil », qui ne s’entend donc pas uniquement des membres du barreau d’une province. Comme l’article 2 des *Règles de la section du statut de réfugié* renvoie uniquement au par. 69(1), la disposition contenue dans les *Règles de la section d’arbitrage* est celle qui indique le mieux la portée des expressions « autre conseiller » et « autre conseil » figurant à l’art. 30 et au par. 69(1) respectivement.

En règle générale, cette interprétation est compatible avec les dispositions constitutives des tribunaux administratifs fédéraux. Un bon nombre de ces tribunaux permettent la représentation par des personnes autres que des avocats : la représentation par un « mandataire » devant le Tribunal de l’avia-

member (who also must be a “member”) before the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission under the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 47.1, or any other board; “representative” in any proceedings under the *Pension Act*, R.S.C. 1985, c. P-6, s. 88; “representative” before the Pilotage Authority under the *Pilotage Act*, R.S.C. 1985, c. P-14, s. 28(1); “person of the offender’s choice” in hearings before the National Parole Board under the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 140(7); “agent” in hearings before the Canadian International Trade Tribunal under the *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C. 1985, c. 47 (4th Suppl.), s. 31; “agent” in proceedings before the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal under the *Status of the Artist Act*, S.C. 1992, c. 33, s. 19(3); “patent agents” before the Patent Office under the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 15; and “trade-mark agents” before the Trade-marks Office under the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 28(1)(f). All of these non-lawyer roles involve some aspect of the traditional practice of law. Representation by non-lawyers is consistent with the purpose of such administrative bodies, which is to facilitate access to and decrease the formality of these bodies as well as to acknowledge the expertise of other classes of people.

tion civile, en vertu de la *Loi sur l’aéronautique*, L.R.C. 1985, ch. A-2, par. 37(2); la représentation d’un membre de la GRC par un autre « membre » de la GRC devant la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada ou une autre commission, en vertu de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 47.1; la représentation par un « représentant » dans toutes les procédures prévues par la *Loi sur les pensions*, L.R.C. 1985, ch. P-6, art. 88; la représentation par un « représentant » devant l’Administration de pilotage en vertu de la *Loi sur le pilotage*, L.R.C. 1985, ch. P-14, par. 28(1); la représentation du délinquant par une « personne de son choix » dans les audiences devant la Commission nationale des libérations conditionnelles, en vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, par. 140(7); la représentation par un « mandataire » dans les instances devant le Tribunal canadien du commerce extérieur, en vertu de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985, ch. 47 (4^e suppl.), art. 31; la représentation par un « mandataire » dans les affaires dont est saisi le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs, en vertu de la *Loi sur le statut de l’artiste*, L.C. 1992, ch. 33, par. 19(3); la représentation par des « agents de brevets » devant le Bureau des brevets, en vertu de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 15; la représentation par des « agents de marques de commerce » devant le Bureau des marques de commerce, en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13, al. 28(1)(f). Tous ces rôles de non-avocats touchent à certains aspects de l’exercice traditionnel du droit. La représentation par des non-avocats est conforme à l’objet de ces organismes administratifs qui est de les rendre plus accessibles et d’en réduire le formalisme, ainsi que de reconnaître l’expertise d’autres catégories de personnes.

59

In the same vein certain provincial statutes within British Columbia allow non-lawyers to appear before administrative tribunals: *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*, R.S.B.C. 1996, c. 181, s. 29(3) (“agent” before the Health Care and Care Facility Review Board); *Expropriation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 125, s. 14(4)(a) (“agent”

Dans la même veine, certaines lois de la Colombie-Britannique permettent à des non-avocats de comparaître devant des tribunaux administratifs : *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 181, par. 29(3) (la représentation par un [TRADUCTION] « mandataire » devant le Health Care and Care Facility

before the inquiry officer appointed by the Expropriation Compensation Board); and *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165, s. 56(5) (“agent” at an inquiry by the Information and Privacy Commissioner).

Non-lawyers may provide a very useful service to people who are subject to IRB proceedings. It may be difficult to find lawyers who are fluent in other languages, as well as familiar with different cultures. The provisions of the *Immigration Act* itself call for proceedings to be as informal and expeditious as the circumstances and fairness permit (ss. 68(2) and 80.1(4)). The possibility to choose to be represented by a non-lawyer may be conducive to informality and expeditiousness. In his recent report, *A Framework for Regulating Paralegal Practice in Ontario* (2000), the Honourable Peter Cory, at p. 44, took note of the fact that some non-lawyers (paralegals specifically) could converse with people appearing before the IRB in their native language. He found that paralegals play a very important and useful role before the IRB.

(ii) “Other Counsel” Can Act for a Fee

Sections 30 and 69(1) provide that the person who is subject to the proceedings may, “at [that] person’s own expense” be represented by counsel. This expression may be understood as meaning only that the federal government will not bear any expense associated with the retention of such counsel. However, it also implies that Parliament precisely anticipated the possibility that those “other counsel” might charge a fee, and therefore Parliament enacted legislation to avoid being responsible for the costs.

Review Board); *Expropriation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 125, al. 14(4)a) (la représentation par un [TRADUCTION] « mandataire » devant l’enquêteur désigné par l’Expropriation Compensation Board); *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 165, par. 56(5) (la représentation par un [TRADUCTION] « mandataire » à une enquête tenue par l’Information and Privacy Commissioner).

Les non-avocats peuvent fournir un service très utile aux personnes faisant l’objet de procédures devant la CISR. Il peut être difficile de trouver des avocats qui parlent couramment d’autres langues, en plus de bien connaître différentes cultures. Les dispositions mêmes de la *Loi sur l’immigration* prévoient que, dans la mesure où les circonstances et l’équité le permettent, les procédures doivent se dérouler sans formalisme et avec célérité (par. 68(2) et 80.1(4)). La possibilité de se faire représenter par un non-avocat peut favoriser l’absence de formalisme et la célérité. Dans son rapport récent intitulé *Cadre stratégique de réglementation de la profession d’agent parajuridique en Ontario* (2000), p. 50, l’honorable Peter Cory souligne que certaines personnes qui ne sont pas des avocats (plus précisément certains agents parajuridiques) sont en mesure de discuter avec des gens qui comparaissent devant la CISR dans leur langue maternelle. Il a conclu que les agents parajuridiques jouent un rôle très important très utile devant la CISR.

(ii) L’« autre » conseiller ou « autre conseil » peut agir moyennant rétribution

L’article 30 et le par. 69(1) prévoient que la personne qui fait l’objet des procédures peut se faire représenter, « à ses frais », par un conseiller ou conseil. Cette expression peut s’interpréter comme signifiant uniquement que le gouvernement fédéral n’assumera pas les dépenses engagées pour retenir les services de ce conseiller ou conseil. Toutefois, elle implique également que le Parlement a expressément prévu la possibilité que cet « autre conseiller » ou « autre conseil » demande une rétribution, et qu’il a donc adopté ces dispositions législatives pour éviter d’avoir à assumer les frais engagés à cet égard.

62 Section 114(1)(v) clearly provides that the Governor in Council may make regulations requiring any person, other than a person who is a member of a bar of any province, to make an application for and obtain a licence from a prescribed authority before the person may appear before the IRB as counsel for any fee, reward, or other form of remuneration. Although that regulatory authority has not yet been established, it does not limit the scope of ss. 30 and 69(1). While it may very well be preferable to regulate those persons, there is no obligation for the government to regulate them. In saying that “other counsel” may represent and in empowering the Governor in Council to make regulations, Parliament has explicitly and definitively legislated in the area.

63 This issue was addressed in *R. v. Romanowicz* (1999), 45 O.R. (3d) 506, where the Ontario Court of Appeal held that the use of the words “counsel or agent” (ss. 800 and 802 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46) meant that non-lawyers were authorized by law to act for a fee. Although the provisions in the case at bar use “other counsel” instead of “agent”, the provincial legislation cannot limit the language of the federal legislation to unpaid counsel.

64 The *Immigration Act* and the Rules and Regulations made thereunder make no distinction between barrister and solicitor who could act for a fee and other counsel who could not. If Parliament had intended to limit the meaning of “other counsel” to unpaid non-lawyers, the section would have been drafted differently so as to make it clear that the phrase “at [that] person’s own expense” only referred to barristers and solicitors and not to other counsel.

65 This interpretation is also supported by the text of ss. 29(5) and 69(5) of the *Immigration Act*. Where “person” is used in these provisions, the Act acknowledges that person’s right to be paid by commanding payment from the public purse in the circumstances provided therein. If the term “person”

L’alinéa 114(1)v) prévoit clairement que le gouverneur en conseil peut, par règlement, exiger de quiconque comparait devant la CISR en qualité de procureur rétribué sans être membre du barreau d’une province, qu’il soit titulaire d’une autorisation délivrée à cet effet par les autorités habilitées à le faire aux termes des règlements. Le fait qu’un organisme de réglementation n’ait pas encore été constitué ne limite pas la portée de l’art. 30 et du par. 69(1). Bien qu’il puisse fort bien être préférable d’assujettir ces personnes à une réglementation, le gouvernement n’est nullement tenu de le faire. En affirmant qu’il peut y avoir représentation par un « autre conseiller » ou « autre conseil » et en habilitant le gouverneur en conseil à prendre des règlements, le Parlement a légiféré de façon explicite et définitive dans ce domaine.

Cette question a été abordée dans l’arrêt *R. c. Romanowicz* (1999), 45 O.R. (3d) 506, où la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que l’utilisation des mots « avocat ou représentant » (art. 800 et 802 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46) signifiait que la loi autorisait des non-avocats à agir moyennant rétribution. Bien que les dispositions en l’espèce contiennent les mots « autre conseiller » et « autre conseil » plutôt que « représentant », la loi provinciale ne peut pas limiter l’application du libellé de la loi fédérale à des conseillers ou conseils non rétribués.

La *Loi sur l’immigration* et ses textes d’application n’établissent aucune distinction entre les avocats qui pourraient agir moyennant rétribution et les autres conseillers ou conseils qui ne pourraient pas le faire. Si le Parlement avait voulu limiter le sens des mots « autre conseiller » et « autre conseil » aux non-avocats qui ne sont pas rétribués, il aurait rédigé différemment les dispositions en cause de façon à indiquer clairement que l’expression « à ses frais » renvoie uniquement aux avocats et non aux autres conseillers ou conseils.

Cette interprétation est également étayée par le libellé des par. 29(5) et 69(5) de la *Loi sur l’immigration*. Lorsqu’elle utilise le terme « représentant » dans ces dispositions, la Loi reconnaît le droit du représentant en question à une rétribution en ordonnant qu’elle soit puisée sur le trésor

in these provisions implies publicly paid representation, then “other counsel” is even more clearly unrestricted in terms of remuneration. I have already discussed the fact that “counsel” is defined in the *Adjudication Division Rules* as a person who represents a party in proceedings. Had Parliament wanted to declare that “other counsel” means only unpaid persons, it would have said so by using distinctive terms in ss. 30 and 69(1).

In response to the comment of Koenigsberg J. at the trial level, at para. 42, I consider irrelevant the principle of statutory interpretation whereby a statute should be read in a manner that will uphold the constitutionality of the relevant legislative provisions. This principle only applies when both competing interpretations are reasonably open to the court: *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 771. In this case, to adopt the interpretation consistent with the constitutional norms would be repugnant to the text and context of the federal legislation. Even if one accepts that the competing interpretations need not be equally reasonable in order for the presumption of constitutionality to have effect, I think that ss. 30 and 69(1) do not provide any support for a restrictive interpretation of “other counsel”, i.e. for the drawing of a line between non-lawyer representatives who charge a fee and those who do not. 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” (Iacobucci J., quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21).

As I mentioned above, there is no obligation for Parliament to regulate the “other counsel”, even though it may be wise and advisable to do so. The

public dans les circonstances qu’elle prévoit. Si le terme « représentant » figurant dans ces dispositions sous-entend qu’il y a représentation rétribuée sur le trésor public, il devient encore plus clair que les mots « autre conseiller » et « autre conseil » ne comportent aucune restriction sur le plan de la rémunération. J’ai déjà analysé le fait que les *Règles de la section d’arbitrage* définissent le terme « conseil » comme étant une personne qui représente une partie dans une affaire. Si le Parlement avait voulu que les termes « autre conseiller » et « autre conseil » s’entendent uniquement des représentants non rétribués, il l’aurait précisé à l’art. 30 et au par. 69(1).

Pour répondre au commentaire de madame le juge Koenigsberg en première instance (par. 42), j’estime qu’il n’y a pas lieu d’appliquer le principe d’interprétation selon lequel il convient d’interpréter la loi de façon à confirmer la constitutionnalité des dispositions législatives pertinentes. Ce principe s’applique uniquement lorsque la cour peut raisonnablement adopter les deux interprétations opposées : *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 771. En l’espèce, une interprétation conforme aux normes constitutionnelles applicables serait incompatible avec le texte et le contexte de la loi fédérale. Même si on accepte qu’il n’est pas nécessaire que les interprétations opposées soient également raisonnables pour que la présomption de constitutionnalité s’applique, je crois que l’art. 30 et le par. 69(1) n’étaient aucunement l’interprétation restrictive des termes « autre conseiller » et « autre conseil », c’est-à-dire l’établissement d’une distinction entre les représentants non-avocats qui exigent une rétribution et ceux qui n’en exigent pas. 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 » (le juge Iacobucci, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21).

Comme je l’ai mentionné précédemment, le Parlement n’est pas tenu d’assujettir les « autre[s] conseiller[s] » ou « autre[s] conseil[s] » à une

enactment of ss. 30 and 69(1) and of s. 114(1)(v) illustrates Parliament's intention to address the subject of who may appear before the IRB. Aside from the situations where Parliament refers to provincial legislation (as it does for barristers and solicitors), the federal government has defined "other counsel" as being "a person", and the provinces cannot intervene in that sphere. Moreover, by the enactment of s. 114, Parliament has demonstrated its intent to regulate such counsel if and when needed. It has not yet done so, but that does not mean that the provinces can enact conflicting legislation in the meantime. However, to the extent that Parliament refers to the provincial statutes and regulations or leaves the matter unaddressed, the provinces can regulate that matter in accordance with their own powers.

(b) *Is There an Operational Conflict?*

68 As I mentioned above, the controlling authority with respect to federal paramountcy is *Multiple Access, supra*. At pp. 189-91, Dickson J. explained that a central assessment to be made in the application of this doctrine is to ascertain whether there is a conflict between the federal and provincial legislation. If there is none, then paramountcy is of course not relevant.

69 There will be a conflict in operation where the application of the provincial law will displace the legislative purpose of Parliament. The test is stated at p. 191: "one enactment says 'yes' and the other says 'no'; 'the same citizens are being told to do inconsistent things'; compliance with one is defiance of the other".

70 In *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, this Court reiterated the test of the "actual conflict in operation" (p. 151) and the rationale for the application of the doctrine of paramountcy. At p. 152, La Forest J. held that the question before the Court was reducible to asking whether there is an actual conflict in operation "in the sense that the legislative purpose of Parliament stands to be displaced

réglementation, même s'il peut se révéler sage et utile de le faire. L'adoption de l'art. 30, du par. 69(1) et de l'al. 114(1)(v) traduit l'intention du Parlement de traiter de la question des personnes qui peuvent comparaître devant la CISR. À part les cas où le Parlement renvoie aux dispositions législatives provinciales (comme il le fait pour les avocats), le gouvernement fédéral a défini le terme « conseil » comme signifiant une « personne », et les provinces ne peuvent intervenir dans ce domaine. En outre, en adoptant l'art. 114, le Parlement a démontré son intention d'assujettir ces personnes à une réglementation, si nécessaire. Ce n'est pas parce qu'il ne l'a pas encore fait que les provinces peuvent adopter des textes législatifs incompatibles entre-temps. Cependant, dans la mesure où le Parlement renvoie aux lois et aux règlements provinciaux ou n'aborde pas la question, les provinces peuvent réglementer cette question conformément à leurs propres pouvoirs.

b) *Y a-t-il conflit d'application?*

Comme je l'ai déjà indiqué, l'arrêt *Multiple Access*, précité, constitue l'arrêt de principe sur la règle de la prépondérance fédérale. Aux pages 189-191, le juge Dickson explique qu'en appliquant cette règle il faut avant tout vérifier s'il existe un conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale. En l'absence de conflit, la règle de la prépondérance est bien entendu inapplicable.

Il y a conflit d'application lorsque l'application de la loi provinciale a pour effet de déjouer l'intention du Parlement. Le critère applicable est énoncé à la p. 191 de cet arrêt : « une loi dit "oui" et [. . .] l'autre dit "non"; "on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles"; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre ».

Dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, notre Cour a réitéré le critère du « conflit réel d'application » (p. 151) et la raison d'être de l'application de la règle de la prépondérance. Aux pages 151-152, le juge La Forest a affirmé que la question dont était saisie la Cour était uniquement de savoir s'il y avait un conflit réel d'application « en ce sens que l'intention du

in the event that the appellant bank is required to defer to the provincial legislation in order to realize on its security". The Court put a gloss at pp. 154-55 on the argument that compliance with both laws was possible by obeying the stricter one:

For, as we have seen, dual compliance will be impossible when application of the provincial statute can fairly be said to frustrate Parliament's legislative purpose.

A showing that conflict can be avoided if a provincial Act is followed to the exclusion of a federal Act can hardly be determinative of the question whether the provincial and federal acts are in conflict, and, hence, repugnant. That conclusion, in my view, would simply beg the question. The focus of the inquiry, rather, must be on the broader question whether operation of the provincial Act is compatible with the federal legislative purpose. Absent this compatibility, dual compliance is impossible.

In *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, Binnie J. at para. 41 applied the reasoning of the Privy Council in *Crown Grain Co. v. Day*, [1908] A.C. 504, as "rationalized" by Hogg, *supra*, vol. 1, at pp. 16-6.1 to 16-7:

[O]n a superficial analysis, the dual compliance test is not satisfied: the two laws imposed no duties on the parties to litigation, and both laws could be complied with by the losing litigant in a mechanics lien case not taking an appeal to the Supreme Court. But if the laws are recast as directives to a court that has to determine whether or not an appeal to the Supreme Court is available, the contradiction emerges. A court cannot decide that there is a right of appeal (as directed by federal law) and that there is not a right of appeal (as directed by provincial law). For the court, there is an impossibility of dual compliance and therefore an express contradiction. [Emphasis added.]

Applying this reasoning to the facts before him, Binnie J. concluded, at para. 42: "In summary,

Parlement risque d'être écartée si la banque appelante doit respecter la loi provinciale pour réaliser sa sûreté ». Aux pages 154-155, la Cour a commenté l'argument selon lequel il était possible de se conformer aux deux lois en observant la plus stricte d'entre elles :

En effet, comme nous l'avons vu, il ne sera pas possible de se conformer aux deux textes lorsqu'il est raisonnable d'affirmer que l'application de la loi provinciale aura pour effet de déjouer l'intention du Parlement.

La démonstration que le conflit peut être évité si la loi provinciale est respectée à l'exclusion de la loi fédérale peut difficilement constituer une réponse à la question de savoir si les lois provinciale et fédérale entrent en conflit et sont, par conséquent, incompatibles. À mon avis, cette conclusion reviendrait simplement à supposer vrai ce qui est en question. L'examen doit plutôt porter sur la question plus large de savoir si l'application de la loi provinciale est compatible avec l'objet de la loi fédérale. Dans la négative, le double respect des lois est impossible.

Dans l'arrêt *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, le juge Binnie applique, au par. 41, le raisonnement adopté par le Conseil privé dans *Crown Grain Co. c. Day*, [1908] A.C. 504, et « résumé » par Hogg, *op. cit.*, vol. 1, p. 16-6.1 à 16-7 :

[TRADUCTION] . . . selon une analyse superficielle, le critère de l'impossibilité de se conformer aux deux lois n'est pas respecté : les deux lois n'imposaient pas de devoir aux parties en litige, et les deux lois pouvaient être observées si la partie qui succombait dans une affaire en matière de privilège du constructeur ne formait pas d'appel devant la Cour suprême. Toutefois, si les lois sont remaniées pour constituer des directives destinées à un tribunal qui doit déterminer s'il est possible d'interjeter appel devant la Cour suprême, la contradiction ressort. Un tribunal ne peut pas décider à la fois qu'il existe un droit d'appel (comme le prévoit la loi fédérale) et qu'il n'existe pas de droit d'appel (comme le prévoit la loi provinciale). Le tribunal ne peut pas se conformer aux deux textes de loi et, en conséquence, il y a contradiction expresse. [Je souligne.]

Appliquant ce raisonnement aux faits dont il était saisi, le juge Binnie a conclu, au par. 42 : « En

we have here an ‘express contradiction’ within the extended meaning of the relevant jurisprudence” where a federal farm Act gives the farmer a short standstill period but the relevant provincial Act allows for immediate foreclosure.

résumé, nous avons ici une “contradiction expresse” au sens large où l’entend la jurisprudence pertinente » lorsqu’une loi fédérale sur les exploitations agricoles accorde à l’agriculteur un court délai de sursis, mais que la loi provinciale applicable permet d’intenter immédiatement une action en forclusion.

72

In this case, there is an operational conflict as the provincial legislation prohibits non-lawyers to appear for a fee before a tribunal but the federal legislation authorizes non-lawyers to appear as counsel for a fee. At a superficial level, a person who seeks to comply with both enactments can succeed either by becoming a member in good standing of the Law Society of British Columbia or by not charging a fee. Complying with the stricter statute necessarily involves complying with the other statute. However, following the expanded interpretation given in cases like *M & D Farm* and *Bank of Montreal, supra*, dual compliance is impossible. To require “other counsel” to be a member in good standing of the bar of the province or to refuse the payment of a fee would go contrary to Parliament’s purpose in enacting ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act*. In those provisions, Parliament provided that aliens could be represented by non-lawyers acting for a fee, and in this respect it was pursuing the legitimate objective of establishing an informal, accessible (in financial, cultural, and linguistic terms), and expeditious process, peculiar to administrative tribunals. Where there is an enabling federal law, the provincial law cannot be contrary to Parliament’s purpose. Finally, it would be impossible for a judge or an official of the IRB to comply with both acts.

En l’espèce, il existe un conflit d’application étant donné que les dispositions législatives provinciales interdisent aux non-avocats de comparaître, moyennant rétribution, devant un tribunal, alors que les dispositions législatives fédérales leur permettent de le faire. À première vue, une personne peut réussir à se conformer aux deux textes de loi en devenant membre en règle du Barreau de la Colombie-Britannique ou en n’exigeant pas de rétribution. L’observance de la loi la plus stricte entraîne nécessairement le respect de l’autre. Cependant, compte tenu de l’interprétation élargie que notre Cour a donnée dans des arrêts comme *M & D Farm* et *Banque de Montréal*, précités, le double respect est impossible. Exiger que les « autre[s] conseiller[s] » ou « autre[s] conseil[s] » soient des membres en règle du barreau de la province ou refuser qu’ils soient rétribués irait à l’encontre de l’intention que le Parlement avait en adoptant l’art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l’immigration*. Dans ces dispositions, le Parlement a prévu que les étrangers pourront se faire représenter par des non-avocats rétribués et, à cet égard, il avait pour objectif légitime d’établir un processus informel, accessible (sur le plan financier, culturel et linguistique) et rapide, propre aux tribunaux administratifs. Lorsqu’il existe une loi fédérale habilitante, la loi provinciale ne peut aller à l’encontre de l’intention du Parlement. Enfin, un juge ou un fonctionnaire de la CISR serait incapable de se conformer aux deux lois en même temps.

73

This case should be distinguished from *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40. In that case, it was possible to comply with the federal, provincial, and municipal statutes or regulations without defeating Parliament’s purpose. As previously shown, in this case, it is impossible to comply with the provincial statute without frustrating Parliament’s purpose.

Il y a lieu de distinguer la présente affaire de l’arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40. Dans cette affaire, il était possible de se conformer aux lois ou aux règlements fédéraux, provinciaux et municipaux sans déjouer l’intention du Parlement. Comme je l’ai montré précédemment, il est impossible en l’espèce d’observer la loi provinciale sans déjouer l’intention du Parlement.

(c) *Extent of the Conflict*

As this case dealt with hearings before the Adjudication and Refugee Divisions only, I would hold that the *Legal Profession Act's* prohibition on non-lawyers from collecting a fee to act as representatives and to provide services in that regard is inoperative to that extent. The provision of services means document preparation and advice on matters relevant to the individual's case.

D. *Remedy*

As I have found the provisions of the *Immigration Act* at issue to be valid and paramount over the provisions of the *Legal Profession Act*, an injunction against the respondents Mangat, Westcoast, and Sparling cannot be granted in respect of the activities complained of. Moreover, the question of an injunction is moot as far as the respondents Mangat and Westcoast are concerned. Mr. Mangat is now a member in good standing of the bar in the provinces of Alberta and Ontario, which entitles him to represent a client before any hearing of the IRB. He has no intention of returning to his former work of immigration consultant. Westcoast is now dissolved and no longer exists.

The Court finds that there is a basis to grant a declaratory order that ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act* and its associated Rules and Regulations are *intra vires* Parliament and that s. 26 (now s. 15) of the *Legal Profession Act* is inoperative to non-lawyers who collect a fee acting under ss. 30 and 69(1) for the purposes of representation before the Adjudication Division or Refugee Division and the provision of services to that end.

The respondent Sparling is entitled to party and party costs while, as decided by Iacobucci J. in the motion to quash the appeal for mootness, solicitor-client costs should be granted to the respondent Mangat.

c) *L'étendue du conflit*

Comme la présente affaire ne concerne que les audiences devant la section d'arbitrage et la section du statut, je suis d'avis de conclure que la *Legal Profession Act* est inopérante dans la mesure où elle interdit aux non-avocats d'être rétribués pour représenter des gens et fournir des services à cet égard. La prestation de services s'entend de la préparation de documents et du fait de donner des consultations sur des questions pertinentes relativement au dossier de l'intéressé.

D. *La réparation*

Étant donné que j'ai conclu que les dispositions contestées de la *Loi sur l'immigration* sont valides et l'emportent sur les dispositions de la *Legal Profession Act*, une injonction interdisant aux intimés Mangat, Westcoast et Sparling de se livrer aux activités reprochées ne peut pas être accordée. En outre, la question de l'injonction est théorique en ce qui concerne les intimés Mangat et Westcoast. Monsieur Mangat est maintenant un membre en règle des barreaux de l'Alberta et de l'Ontario, ce qui lui donne le droit de représenter des clients à toute audience devant la CISR. Il n'a pas l'intention de reprendre ses anciennes fonctions de consultant en immigration. Westcoast est maintenant dissoute et n'existe plus.

La Cour estime qu'il est justifié de rendre une ordonnance déclarant que l'art. 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* et ses textes d'application relèvent de la compétence du Parlement, et que l'art. 26 (maintenant l'art. 15) de la *Legal Profession Act* est inopérant en ce qui concerne les non-avocats qui, agissant en vertu de l'art. 30 et du par. 69(1), sont rétribués pour représenter des gens devant la section d'arbitrage ou la section du statut et pour fournir des services à cet égard.

L'intimée Sparling a droit à des dépens entre parties alors que, comme l'a décidé le juge Iacobucci dans la requête en annulation du pourvoi en raison de son caractère théorique, il y a lieu d'accorder des dépens procureur-client à l'intimé Mangat.

74

75

76

77

VII. Disposition

78 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with party and party costs to the respondent Sparling and solicitor-client costs to the respondent Mangat.

79 I would answer the constitutional question as follows:

Q. Is s. 26 of the *Legal Profession Act*, S.B.C. 1987, c. 25, constitutionally inoperative or inapplicable to persons acting under ss. 30 and 69 of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, and its associated Rules and Regulations and, if so, are the latter provisions *ultra vires* Parliament?

A. Section 26 of the *Legal Profession Act* is constitutionally inoperative to persons acting under ss. 30 and 69(1) of the *Immigration Act* and its associated Rules and Regulations. It is not necessary to determine whether this disposition is constitutionally inapplicable. The provisions are *intra vires* Parliament.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin LLP, Vancouver.

Solicitors for the respondent Mangat: Sugden, McFee & Ross, Vancouver.

Solicitors for the respondent Sparling: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

VII. Le dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accorder des dépens entre parties à l'intimée Sparling et des dépens procureur-client à l'intimé Mangat.

Je réponds à la question constitutionnelle comme suit :

Q. L'article 26 de la *Legal Profession Act*, S.B.C. 1987, ch. 25, est-il inopérant ou inapplicable du point de vue constitutionnel à l'égard des personnes agissant en vertu des art. 30 et 69 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, et ses textes d'application? Dans l'affirmative, ces dispositions excèdent-elles la compétence du Parlement?

R. L'article 26 de la *Legal Profession Act* est inopérant du point de vue constitutionnel à l'égard des personnes agissant en vertu de l'art. 30 et du par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* et ses textes d'application. Il n'est pas nécessaire de déterminer si cette disposition est inapplicable du point de vue constitutionnel. L'article 30 et le par. 69(1) de la *Loi sur l'immigration* relèvent de la compétence du Parlement.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin LLP, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Mangat : Sugden, McFee & Ross, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Sparling : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le sous-procureur général du Canada, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

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

Solicitors for the intervener the Organization of Professional Immigration Consultants: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Mayland McKimm & Associates, Victoria; Zaifman Associates, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Association of Immigration Counsel of Canada: Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante l'Organization of Professional Immigration Consultants : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Mayland McKimm & Associates, Victoria; Zaifman Associates, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Association of Immigration Counsel of Canada : Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto.

John Hollick *Appellant*

v.

City of Toronto *Respondent*

and

**Friends of the Earth, West Coast
Environmental Law
Association, Canadian Association of
Physicians for the Environment,
the Environmental Commissioner
of Ontario and Law Foundation of
Ontario** *Intervenors*

INDEXED AS: **HOLLICK v. TORONTO (CITY)**

Neutral citation: **2001 SCC 68.**

File No.: 27699.

2001 : June 13; 2001: October 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Practice — Class actions — Certification — Plaintiff complaining of noise and physical pollution from landfill owned and operated by city — Plaintiff bringing action against city as representative of some 30,000 other residents who live in vicinity of landfill — Whether plaintiff meets certification requirements set out in provincial class action legislation — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1).

The appellant complains of noise and physical pollution from a landfill owned and operated by the respondent city. He sought certification, under Ontario's *Class Proceedings Act, 1992*, to represent some 30,000 people who live in the vicinity of the landfill. The motions judge found that the appellant had satisfied each of the five certification requirements set out in s. 5 of the Act and ordered that the appellant be allowed to pursue his action as representative of the stated class. The Divisional Court overturned the certification order on the grounds that the appellant had not stated an identifiable class

John Hollick *Appelant*

c.

Ville de Toronto *Intimée*

et

**Ami(e)s de la terre, West Coast
Environmental Law
Association, Association canadienne des
médecins pour l'environnement,
Commissaire à l'environnement de l'Ontario
et La fondation du droit de l'Ontario**
Intervenants

RÉPERTORIÉ : **HOLLICK c. TORONTO (VILLE)**

Référence neutre : **2001 CSC 68.**

N° du greffe : 27699.

2001: 13 juin; 2001 : 18 octobre.

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

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

Pratique — Recours collectifs — Certification — Plainte contre du bruit et de la pollution provenant d'une décharge municipale — Action intentée par le demandeur contre la ville à titre de représentant de 30 000 autres personnes vivant dans les environs de la décharge — Les demandeurs respectent-ils les conditions de certification établies dans la loi provinciale sur les recours collectifs? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1).

L'appelant se plaint du bruit et de la pollution physique provenant d'une décharge que possède et exploite la ville intimée. En application de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs de l'Ontario*, il demande la certification d'un recours collectif où il représenterait quelque 30 000 personnes habitant à proximité de la décharge. Le juge des requêtes conclut qu'il satisfait aux cinq conditions de certification prévues à l'art. 5 de la Loi et autorise l'appelant par ordonnance à poursuivre l'action comme représentant du groupe défini. La Cour divisionnaire infirme l'ordonnance de certification, ayant conclu

and had not satisfied the commonality requirement. The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal, agreeing with the Divisional Court that commonality had not been established.

Held: The appeal should be dismissed.

The *Class Proceedings Act, 1992* should be construed generously to give full effect to its benefits. The Act was adopted to ensure that the courts had a procedural tool sufficiently refined to allow them to deal efficiently, and on a principled rather than *ad hoc* basis, with the increasingly complicated cases of the modern era.

In this case there is an identifiable class within the meaning of s. 5(1)(b). The appellant has defined the class by reference to objective criteria, and whether a given person is a member of the class can be determined without reference to the merits of the action. With respect to whether "the claims . . . of the class members raise common issues", as required by s. 5(1)(c), the underlying question is whether allowing the suit to proceed as a representative one will avoid duplication of fact-finding or legal analysis. Thus an issue will be common only where its resolution is necessary to the resolution of each class member's claim. Further, an issue will not be "common" in the requisite sense unless the issue is a substantial ingredient of each of the class members' claims. Here, if each of the class members has a claim against the respondent, some aspect of the issue of liability is common within the meaning of s. 5(1)(c). The issue is whether there is a rational connection between the class as defined and the asserted common issues. While the putative representative must show that the class is defined sufficiently narrowly, he or she need not show that everyone in the class shares the same interest in the resolution of the asserted common issue. The appellant has met his evidentiary burden. It is sufficiently clear that many individuals besides the appellant were concerned about noise and physical emissions from the landfill. Moreover, while some areas within the geographical area specified by the class definition appear to have been the source of a disproportionate number of complaints, complaints were registered from many different areas within the specified boundaries.

A class proceeding would not be the preferable procedure for the resolution of the common issues, however, as required by s. 5(1)(d). In the absence of legislative guidance, the preferability inquiry should be conducted through the lens of the three principal advantages of class actions: judicial economy, access

que l'appelant n'a pas établi l'existence d'un groupe identifiable et de questions communes. La Cour d'appel partage l'avis de la Cour divisionnaire que l'existence de questions communes n'a pas été établie et déboute l'appelant.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Il faut interpréter libéralement la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* pour lui donner plein effet. La Loi a été adoptée pour donner aux tribunaux un instrument de procédure bien adapté leur permettant de statuer efficacement, en fonction de principes établis plutôt que cas par cas, sur les affaires de plus en plus complexes de l'époque actuelle.

En l'espèce, il existe un groupe identifiable au sens de l'al. 5(1)b). L'appelant a défini le groupe en recourant à des critères objectifs et on peut déterminer si une personne est membre du groupe sans se référer au fond de l'action. Sur la question de savoir si « les demandes [. . .] des membres du groupe soulèvent des questions communes », selon l'al. 5(1)c), la question sous-jacente est de savoir si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique. Par conséquent, une question n'est commune que lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe. Par ailleurs, une question n'est « commune » au sens voulu que s'il s'agit d'un élément important des demandes de chaque membre du groupe. En l'espèce, si chaque membre du groupe a une demande à faire valoir contre l'intimée, un aspect de la question de la responsabilité est commun au sens de l'al. 5(1)c). La question est de savoir s'il existe un lien rationnel entre le groupe tel qu'il est défini et les questions communes énoncées. S'il incombe au représentant proposé d'établir que le groupe est défini de manière suffisamment étroite, il n'est pas tenu de montrer que tous les membres du groupe partagent le même intérêt dans le règlement de la question commune énoncée. L'appelant a apporté la preuve requise. Il est suffisamment clair que de nombreuses autres personnes que l'appelant ont été préoccupées par le bruit et les rejets physiques provenant de la décharge. De plus, même si un nombre disproportionné de plaintes paraissent provenir de certaines parties du territoire décrit dans la définition du groupe, des habitants de nombreux autres secteurs compris dans ce territoire se sont plaints.

Toutefois, le recours collectif ne serait pas le meilleur moyen de régler les questions communes, comme l'exige l'al. 5(1)d). En l'absence de paramètres établis par le législateur, la question du meilleur moyen est fonction des trois principaux avantages du recours collectif : l'économie de ressources judiciaires, l'accès à la

to justice, and behaviour modification. The question of preferability must take into account the importance of the common issues in relation to the claims as a whole. The preferability requirement was intended to capture the question of whether a class proceeding would be preferable in the sense of preferable to other procedures such as joinder, test cases and consolidation. The preferability analysis requires the court to look to all reasonably available means of resolving the class members' claims, and not just at the possibility of individual actions. The appellant has not shown that a class action is the preferable means of resolving the claims raised here. With respect to judicial economy, any common issue here is negligible in relation to the individual issues. While each of the class members must, in order to recover, establish that the landfill emitted physical or noise pollution, it is likely that some areas were affected more seriously than others, and that some areas were affected at one time while other areas were affected at other times. Once the common issue is seen in the context of the entire claim, it becomes difficult to say that the resolution of the common issue will significantly advance the action. Nor would allowing a class action here serve the interests of access to justice. The fact that no claims have been made against the Small Claims Trust Fund may suggest that the class members claims are either so small as to be non-existent or so large as to provide sufficient incentive for individual action. In either case access to justice is not a serious concern. The argument that behaviour modification is a significant concern in this case should be rejected for similar reasons.

Cases Cited

Referred to: *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330; *Bywater v. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46; *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (1997), 34 O.R. (3d) 314; *Webb v. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389; *Mouhteros v. DeVry Canada Inc.* (1998), 41 O.R. (3d) 63; *Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379; *Abdool v. Anaheim Management Ltd.* (1995), 21 O.R. (2d) 453; *Rumley v. British Columbia*, [2001] 3 S.C.R. 184, 2001 SCC 69.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(2).
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, ss. 2(1), (2), 5(1), (4), (5), 6.

justice et la modification des comportements. Sur la question du meilleur moyen, il faut examiner l'importance des questions communes par rapport à l'ensemble des revendications. L'exigence concernant le meilleur moyen consiste à se demander si le recours collectif est un moyen préférable à d'autres procédures comme la jonction ou la réunion d'instances, ou la cause type. Le tribunal, dans l'analyse du meilleur moyen, doit examiner tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe, et non seulement la possibilité de recours individuels. L'appelant n'a pas établi que le recours collectif est le meilleur moyen de régler les demandes en l'espèce. En ce qui concerne l'économie de ressources judiciaires, toute question commune en l'espèce est négligeable par rapport aux questions individuelles. Même si chaque membre du groupe doit, pour obtenir réparation, prouver la pollution physique ou sonore, il est probable que certains secteurs ont été touchés plus gravement que d'autres et que différentes parties du territoire ont été frappées à différents moments. Une fois la question commune considérée dans le contexte global de la demande, il devient difficile d'affirmer que le règlement de la question commune fera progresser substantiellement l'instance. Autoriser le recours collectif en l'espèce ne favoriserait pas non plus l'accès à la justice. Le fait qu'aucune réclamation n'a été présentée au fonds d'indemnisation permet de penser que les demandes des membres du groupe sont soit modestes au point d'être non existantes, soit suffisamment importantes pour qu'il vaille la peine d'engager des instances individuelles. Dans les deux cas, l'accès à la justice n'est pas une préoccupation sérieuse. Pour des motifs similaires, il faut écarter l'argument que la modification du comportement est une considération importante en l'espèce.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Rylands c. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330; *Bywater c. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46; *Caputo c. Imperial Tobacco Ltd.* (1997), 34 O.R. (3d) 314; *Webb c. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389; *Mouhteros c. DeVry Canada Inc.* (1998), 41 O.R. (3d) 63; *Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379; *Abdool c. Anaheim Management Ltd.* (1995), 21 O.R. (2d) 453; *Rumley c. Colombie-Britannique*, [2001] 3 R.C.S. 184, 2001 CSC 69.

Lois et règlements cités

Charte des droits environnementaux de 1993, L.O. 1993, ch. 28, art. 61(1), 74(1).
Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(2).

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, Book IX.
Environmental Bill of Rights, 1993, S.O. 1993, c. 28, ss. 61(1), 74(1).
Environmental Protection Act, R.S.O. 1990, c. E.19, ss. 14(1), 99, 172(1), 186(1).
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3.
Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23(b)(3).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 12.01.

Authors Cited

Branch, Ward K. *Class Actions in Canada*. Vancouver: Western Legal Publications, 1996 (loose-leaf updated December 1998, release 4).
 Cochrane, Michael G. *Class Actions: A Guide to the Class Proceedings Act, 1992*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.
 Eizenga, Michael A., Michael J. Peerless and Charles M. Wright. *Class Actions Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1999 (loose-leaf updated June 2001, issue 4).
 Friedenthal, Jack H., Mary K. Kane and Arthur R. Miller. *Civil Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1993.
 Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform*. Toronto: The Committee, 1990.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on Class Actions*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1982.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 46 O.R. (3d) 257, 181 D.L.R. (4th) 426 (*sub nom. Hollick v. Metropolitan Toronto (Municipality)*), 127 O.A.C. 369, 32 C.E.L.R. (N.S.) 1, 41 C.P.C. (4th) 93, 7 M.P.L.R. (3d) 244, [1999] O.J. No. 4747 (QL), dismissing an appeal from a decision of the Divisional Court (1998), 42 O.R. (3d) 473, 168 D.L.R. (4th) 760, 116 O.A.C. 108, 28 C.E.L.R. (N.S.) 198, 31 C.P.C. (4th) 64, [1998] O.J. No. 5267 (QL), allowing an appeal from a decision of the Ontario Court (General Division) (1998), 27 C.E.L.R. (N.S.) 48, 18 C.P.C. (4th) 394, [1998] O.J. No. 1288 (QL), granting a motion to have an action certified as a class proceeding. Appeal dismissed.

Michael McGowan, Kirk M. Baert, Pierre Sylvestre and Gabrielle Pop-Lazic, for the appellant.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, livre IX.
Federal Rules of Civil Procedure, règle 23b)(3).
Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 2(1), (2), 5(1), (4), (5), 6.
Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1990, ch. E.19, art. 14(1), 99, 172(1), 186(1).
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 12.01.

Doctrine citée

Branch, Ward K. *Class Actions in Canada*. Vancouver : Western Legal Publications, 1996 (loose-leaf updated December 1998, release 4).
 Cochrane, Michael G. *Class Actions : A Guide to the Class Proceedings Act, 1992*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1993.
 Eizenga, Michael A., Michael J. Peerless and Charles M. Wright. *Class Actions Law and Practice*. Toronto : Butterworths, 1999 (loose-leaf updated June 2001, issue 4).
 Friedenthal, Jack H., Mary K. Kane and Arthur R. Miller. *Civil Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1993.
 Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform*. Toronto : The Committee, 1990.
 Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Class Actions*. Toronto : Ministère du Procureur général, 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 46 O.R. (3d) 257, 181 D.L.R. (4th) 426 (*sub nom. Hollick c. Metropolitan Toronto (Municipality)*), 127 O.A.C. 369, 32 C.E.L.R. (N.S.) 1, 41 C.P.C. (4th) 93, 7 M.P.L.R. (3d) 244, [1999] O.J. No. 4747 (QL), rejetant l'appel d'une décision de la Cour divisionnaire (1998), 42 O.R. (3d) 473, 168 D.L.R. (4th) 760, 116 O.A.C. 108, 28 C.E.L.R. (N.S.) 198, 31 C.P.C. (4th) 64, [1998] O.J. No. 5267 (QL), qui a accueilli l'appel d'une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 27 C.E.L.R. (N.S.) 48, 18 C.P.C. (4th) 394, [1998] O.J. No. 1288 (QL), qui avait accordé une motion en certification de recours collectif. Pourvoi rejeté.

Michael McGowan, Kirk M. Baert, Pierre Sylvestre et Gabrielle Pop-Lazic, pour l'appelant.

Graham Rempe and Kalli Y. Chapman, for the respondent.

Robert V. Wright and Elizabeth Christie, for the interveners Friends of the Earth, West Coast Environmental Law Association and Canadian Association of Physicians for the Environment.

Doug Thomson and David McRobert, for the intervener the Environmental Commissioner of Ontario.

Written submissions only by *Mark M. Orkin, Q.C.*, for the intervener the Law Foundation of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

Graham Rempe et Kalli Y. Chapman, pour l'intimée.

Robert V. Wright et Elizabeth Christie, pour les intervenants Ami(e)s de la terre, West Coast Environmental Law Association et Association canadienne des médecins pour l'environnement.

Doug Thomson et David McRobert, pour l'intervenant le Commissaire à l'environnement de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Mark M. Orkin, c.r.*, pour l'intervenante La fondation du droit de l'Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — La question du pourvoi est de savoir si l'appelant a satisfait aux exigences de la certification prévues par la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario, L.O. 1992, ch. 6, et s'il doit donc être autorisé à poursuivre la Ville de Toronto à titre de représentant d'environ 30 000 autres personnes habitant à proximité d'une décharge appartenant à la Ville et exploitée par elle. Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'appelant n'a pas satisfait à ces exigences et qu'il ne peut donc poursuivre la Ville qu'en son nom personnel, et non pour le compte du groupe en question.

1 THE CHIEF JUSTICE — The question raised by this appeal is whether the appellant has satisfied the certification requirements of Ontario's *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, and whether the appellant should accordingly be allowed to pursue his action against the City of Toronto as the representative of some 30,000 other residents who live in the vicinity of a landfill owned and operated by the City. For the following reasons, I conclude that the appellant has not satisfied the certification requirements, and consequently that he may pursue this action only on his own behalf, and not on behalf of the stated class.

I. Facts

2 The appellant Hollick complains of noise and physical pollution from the Keele Valley landfill, which is owned and operated by the respondent City of Toronto. The appellant sought certification, under Ontario's *Class Proceedings Act, 1992*, to represent some 30,000 people who live in the vicinity of the landfill, in particular:

A. All persons who have owned or occupied property in the Regional Municipality of York, in the geographic

I. Les faits

L'appelant, M. Hollick, se plaint du bruit et de la pollution physique provenant de la décharge Keele Valley que possède et exploite l'intimée la Ville de Toronto. En application de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, il demande la certification d'un recours collectif et sa désignation en tant que représentant de quelque 30 000 personnes habitant à proximité de la décharge, soit :

[TRADUCTION] A. Toutes les personnes ayant possédé ou occupé un immeuble dans la municipalité régionale

area bounded by Rutherford Road on the south, Jane Street on the west, King-Vaughan Road on the north and Yonge Street on the east, at any time on or after February 3, 1991, or where such a person is deceased, the personal representative of the estate of the deceased person; and

B. All living parents, grandparents, children, grandchildren, siblings, and spouses (within the meaning of s. 61 of the *Family Law Act*) of persons who were owners and/or occupiers. . . .

The merits of the dispute between the appellant and the respondent are not at issue on this appeal. The only question is whether the appellant should be allowed to pursue his action as representative of the stated class.

Until 1983, the Keele Valley site was a gravel pit owned privately. It operated under a Certificate of Approval issued by the Ministry of the Environment in 1980. After the respondent purchased the site in 1983, the Ministry of the Environment issued a new Certificate of Approval. The 1983 Certificate covers an area of 375.9 hectares, of which 99.2 hectares are actual disposal area. The remainder of the land constitutes a buffer zone. The Certificate restricts Keele Valley to the receipt of non-hazardous municipal or commercial waste, and it sets out various other requirements relating to the processing and storage of waste at the site. It also provides for a Small Claims Trust Fund of \$100,000, administered by the Ministry of the Environment, to cover individual claims of up to \$5,000 arising out of "off-site impact".

The Ministry of the Environment monitors the Keele Valley site by employing two full-time inspectors at the site and by reviewing detailed reports that the respondent is required to file with the Ministry. In addition, the City of Vaughan has established the Keele Valley Liaison Committee, which is meant to provide a forum for community concerns related to the site. Until 1998, the appellant participated regularly at meetings of the Liaison Committee. Finally, the respondent maintains a telephone complaint system for members of the community.

de York, dans le territoire délimité au sud par le chemin Rutherford, à l'ouest par la rue Jane, au nord par le chemin King-Vaughan et à l'est par la rue Yonge, à tout moment depuis le 3 février 1991 ou, en cas de décès, leurs successions;

B. Tous les parents, grands-parents, enfants, petits-enfants, frères, sœurs et conjoints (au sens de l'art. 61 de la *Loi sur le droit de la famille*) vivants des personnes qui étaient propriétaires et/ou occupants . . .

Notre Cour n'est pas appelée en l'espèce à trancher au fond le litige qui oppose l'appelant et l'intimée. Elle doit seulement décider si l'appelant devrait être autorisé à exercer son recours en tant que représentant du groupe défini.

Jusqu'en 1983, Keele Valley était une carrière de gravier privée. Elle était exploitée conformément à un certificat d'autorisation délivré en 1980 par le ministère de l'Environnement. Après son acquisition par l'intimée en 1983, le ministère de l'Environnement a délivré un nouveau certificat d'autorisation visant 375,9 hectares, dont 99,2 hectares sont occupés par la décharge. Le reste de la superficie sert de zone tampon. Le certificat précise que la décharge Keele Valley ne peut recevoir que des déchets municipaux ou commerciaux non dangereux et qu'elle doit respecter d'autres exigences concernant le traitement et le stockage des déchets. Il prévoit en outre l'établissement d'un fonds d'indemnisation de 100 000 \$ (Small Claims Trust Fund) géré par le ministère de l'Environnement pour couvrir toute réclamation de 5 000 \$ ou moins résultant d'incidences externes.

Le ministère de l'Environnement surveille la décharge en y affectant deux inspecteurs à temps plein et en examinant les rapports détaillés que l'intimée est tenue de lui remettre. De plus, la Ville de Vaughan a créé un comité de liaison permettant à la collectivité d'exprimer les inquiétudes causées par la décharge. Jusqu'en 1998, l'appelant participe régulièrement aux réunions du comité de liaison. Enfin, la collectivité a accès à un service de plaintes par téléphone mis à sa disposition par l'intimée.

3

4

5

The appellant's claim is that the Keele Valley landfill has unlawfully been emitting, onto his own lands and onto the lands of other class members:

(a) large quantities of methane, hydrogen sulphide, vinyl chloride and other toxic gases, obnoxious odours, fumes, smoke and airborne, bird-borne or air-blown sediment, particulates, dirt and litter (collectively referred to as "Physical Pollution"); and

(b) loud noises and strong vibrations (collectively referred to as "Noise Pollution");

The appellant filed a motion for certification on November 28, 1997. In support of his motion, the appellant pointed out that, in 1996, some 139 complaints were registered with the respondent's telephone complaint system. (Before this Court, the appellant submitted that "at least 500" complaints were made "to various governmental authorities between 1991 and 1996" (factum, at para. 7).) The appellant also noted that, in 1996, the respondent was fined by the Ministry of Environment in relation to the composting of grass clippings at a facility located just north of the Keele Valley landfill. In the appellant's view, the class members form a well-defined group with a common interest *vis-à-vis* the respondent, and the suit would be best prosecuted as a class action. The appellant seeks, on behalf of the class, injunctive relief, \$500 million in compensatory damages and \$100 million in punitive damages.

6

The respondent disputes the legitimacy of the appellant's complaints and disagrees that the suit should be permitted to proceed as a class action. The respondent claims that it has monitored air emissions from the Keele Valley site and the data confirm that "none of the air levels exceed Ministry of the Environment trigger levels". It notes that there are other possible sources for the pollution of which the appellant complains, including an active quarry, a private transfer station for waste, a plastics factory, and an asphalt plant. In addition, some farms in the area have private compost operations. The respondent also argues that the number of registered complaints — it says that 150 people complained over the six-year period covered in the

L'appelant soutient que la décharge Keele Valley émet illégalement sur ses terres et les terres des membres du groupe :

[TRADUCTION]

a) des quantités importantes de méthane, d'hydrogène sulfuré, de chlorure de vinyle et d'autres gaz toxiques, des odeurs, des émanations et de la fumée désagréables, ainsi que des sédiments, des particules, des poussières et des déchets aérogènes ou transportés par les oiseaux ou le vent (collectivement, la « pollution physique »);

b) des bruits intenses et de fortes vibrations (collectivement, la « pollution sonore »).

Le 28 novembre 1997, l'appelant dépose une motion en certification de recours collectif. À l'appui, il fait valoir qu'en 1996, 139 plaintes ont été transmises par téléphone à l'intimée (devant notre Cour, l'appelant a soutenu [TRADUCTION] « qu'au moins 500 » plaintes ont été adressées « à diverses instances gouvernementales de 1991 à 1996 » (mémoire, par. 7).) Il signale par ailleurs qu'en 1996, le ministère de l'Environnement a infligé une amende à l'intimée pour le compostage de tontes de gazon dans des installations situées juste au nord de la décharge Keele Valley. Selon l'appelant, le groupe est bien défini et ses membres partagent un intérêt commun face à l'intimée et le recours collectif est le meilleur moyen de régler le litige. Au nom du groupe, l'appelant demande une injonction, des dommages-intérêts compensatoires de 500 000 000 \$ et des dommages-intérêts exemplaires de 100 000 000 \$.

L'intimée conteste le bien-fondé des doléances de l'appelant et estime que le recours collectif ne devrait pas être autorisé. Elle prétend avoir surveillé les rejets dans l'atmosphère provenant de la décharge Keele Valley et que, selon les données obtenues, [TRADUCTION] « aucun des niveaux observés n'a dépassé les niveaux d'intervention du ministère de l'Environnement ». Elle signale qu'il existe d'autres sources possibles de la pollution dont se plaint l'appelant, y compris une carrière en exploitation, un poste privé de transbordement des déchets, une fabrique de plastique et une usine de bitume. En outre, quelques fermes des environs ont des installations privées de compostage. L'intimée fait valoir par ailleurs que 150 personnes ont porté plainte au

motion record — is not high given the size of the class. Finally, it notes that, to date, no claims have been made against the Small Claims Trust Fund.

II. Judgments

The motions judge, Jenkins J., found that the appellant had satisfied each of the five certification requirements set out in s. 5(1) of the *Class Proceedings Act, 1992*: (1998), 27 C.E.L.R. (N.S.) 48. He found that the appellant's statement of claim disclosed causes of action under s. 99 of the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19, and under the rule in *Rylands v. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330; that the appellant had defined an identifiable class of two or more persons; that the issues of liability and punitive damages were common to the class; and that a class action would be the preferable procedure for resolving the complaints of the class. Finally, he found that the appellant would be an adequate representative for the class and that the appellant had set out a workable litigation plan. Though Jenkins J. struck out the appellant's claim for injunctive relief on the ground that damages would be a sufficient remedy and rejected his claims under the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, on the grounds that the facts pleaded "cannot . . . establish a basis for a claim for loss of care, guidance, and companionship" (p. 62). Jenkins J. concluded that the appellant had satisfied the certification requirements of s. 5(1). Accordingly he ordered that the appellant be allowed to pursue his action as representative of the stated class.

The Ontario Divisional Court, *per* O'Leary J., overturned the certification order on the grounds that the appellant had not stated an identifiable class and had not satisfied the commonality requirement: (1998), 42 O.R. (3d) 473. O'Leary J. interpreted the identifiable class requirement to require that "there be a class that can all pursue the same cause of action" against the defendant. He noted that "[t]o pursue such cause of action the members of the class must have suffered the interference with use and enjoyment of property complained of in the

cours des six ans visés par le dossier de la motion et que ce chiffre est peu élevé compte tenu de l'importance du groupe. Enfin, elle fait remarquer qu'aucune demande d'indemnisation sur le fonds n'a été faite jusqu'à maintenant.

II. Les décisions antérieures

Le juge des requêtes, le juge Jenkins, conclut que l'appellant remplit chacune des cinq conditions de la certification selon le par. 5(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* : (1998), 27 C.E.L.R. (N.S.) 48. Il conclut que la déclaration de l'appellant révèle l'existence de causes d'action en vertu de l'art. 99 de la *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, ch. E.19, et suivant la règle établie dans *Rylands c. Fletcher* (1868), L.R. 3 H.L. 330; que l'appellant a défini un groupe identifiable de deux personnes ou plus; que les questions de la responsabilité et des dommages-intérêts exemplaires sont communes au groupe et que le recours collectif est le meilleur moyen de régler les demandes du groupe. Enfin, il juge que l'appellant est apte à représenter le groupe et qu'il a établi un plan d'action efficace. Même s'il refuse l'injonction au motif que les dommages-intérêts seraient une réparation suffisante et rejette ses demandes fondées sur la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, parce que les faits allégués [TRADUCTION] « ne peuvent [. . .] étayer la perte de conseils, de soins et de compagnie » (p. 62), le juge Jenkins conclut que l'appellant a satisfait aux exigences du par. 5(1). Il certifie donc le recours collectif et nomme l'appellant représentant du groupe défini.

Le juge O'Leary, de la Cour divisionnaire de l'Ontario infirme l'ordonnance de certification, estimant qu'il n'y a ni groupe identifiable ni questions communes : (1998), 42 O.R. (3d) 473. À son avis, pour qu'un groupe soit identifiable, il faut [TRADUCTION] « que tous ses membres partagent la même cause d'action » contre la partie défenderesse et, « pour partager la même cause d'action, les membres du groupe doivent avoir subi l'atteinte à l'usage et à la jouissance de la propriété dénoncée dans la déclaration » (p. 479). Le juge O'Leary conclut que

statement of claim” (p. 479). O’Leary J. concluded that the appellant had not stated an identifiable class (at pp. 479-80):

[T]he evidence does not make it likely that th[e] 30,000 [class members] suffered such interference. It cannot be assumed that the complaints made to Toronto make it likely that the landfill was the cause of the odour or thing complained about. . . . [E]ven if one were to assume that the Keele Valley landfill site was the source of all the complaints, 150 people making complaints over a seven-year period does not make it likely that some 30,000 persons had their enjoyment of their property interfered with.

For the same reasons, he concluded that the appellant had not satisfied the commonality requirement, writing that “[b]ecause the class that was certified . . . bears no resemblance to any group that was on the evidence likely injured by the landfill operation, there are no apparent common issues relating to the members of the class” (p. 480). O’Leary J. set aside the certification order without prejudice to the plaintiff’s right to bring a fresh application on further evidence.

l’appelant n’a pas établi l’existence d’un groupe identifiable (aux p. 479-480):

[TRADUCTION] [V]u la preuve, il n’est pas vraisemblable que les 30 000 [membres du groupe] aient subi une telle atteinte. On ne peut présumer, à partir des plaintes adressées à Toronto, que la décharge était à l’origine de l’odeur ou des autres désagréments en cause [. . .] [M]ême si l’on considérait que la décharge Keele Valley était la cause de toutes les plaintes, le fait que 150 personnes aient porté plainte en sept ans rend peu probable que 30 000 personnes aient subi une atteinte à la jouissance de leur propriété.

Pour les mêmes motifs, il statue que l’appelant n’a pas établi l’existence de questions communes : [TRADUCTION] « étant donné que le groupe visé par la certification [. . .] ne s’apparente aucunement à un groupe susceptible, selon la preuve, d’avoir subi un préjudice imputable à l’exploitation de la décharge, il n’existe apparemment pas de questions communes aux membres du groupe » (p. 480). Le juge O’Leary annule l’ordonnance sans préjudice du droit du demandeur de présenter une nouvelle demande étayée par une preuve additionnelle.

9

The Court of Appeal for Ontario, *per* Carthy J.A., dismissed Hollick’s appeal ((1999), 46 O.R. (3d) 257), agreeing with the Divisional Court that commonality had not been established. Citing *Bywater v. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), Carthy J.A. noted that the definition of a class should not depend on the merits of the litigation. However, he saw no bar to a court’s looking beyond the pleadings to determine whether the certification criteria had been satisfied. “If it were otherwise”, he noted, “any statement of claim alleging the existence of an identifiable group of people would foreclose further consideration by the court” (p. 264). Carthy J.A. acknowledged that a court should not test the existence of a class by demanding evidence that each member of the purported class have, individually, a claim on the merits. The court should, however, demand “evidence to give some credence to the allegation that . . . ‘there is an identifiable class . . .’” (p. 264) (emphasis deleted).

Partageant l’avis de la Cour divisionnaire selon lequel l’existence de questions communes n’est pas établie, la Cour d’appel de l’Ontario, par la voix du juge Carthy, rejette l’appel de Hollick : (1999), 46 O.R. (3d) 257. Citant *Bywater c. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Carthy souligne que la définition d’un groupe identifiable ne devrait pas dépendre du fond du recours. Cependant, il ne voit aucun empêchement à ce que le tribunal regarde au-delà des actes de procédure pour décider si les conditions de la certification ont été remplies et note : [TRADUCTION] « S’il en était autrement, toute déclaration alléguant l’existence d’un groupe identifiable empêcherait le tribunal de poursuivre l’examen » (p. 264). Le juge Carthy reconnaît que, pour conclure à l’existence d’un groupe identifiable, un tribunal ne devrait pas exiger la preuve que chaque membre du groupe proposé a, individuellement, une demande fondée. Le tribunal devrait cependant exiger [TRADUCTION] « une preuve susceptible de conférer une certaine crédibilité à l’allégation qu’il . . . “existe un groupe identifiable . . .” » (p. 264) (italiques omis).

Carthy J.A. did not find it necessary to resolve the issue of whether the appellant had stated an identifiable class, because in his view the appellant had not satisfied the commonality requirement. In Carthy J.A.'s view, proof of nuisance was essential to each of the appellant's claims. Because a nuisance claim requires the plaintiff to make an individualized showing of harm, there was no commonality between the class members. Carthy J.A. wrote (at pp. 266-67):

This group of 30,000 people is not comparable to patients with implants, the occupants of a wrecked train or those who have been drinking polluted water. They are individuals whose lives have each been affected, or not affected, in a different manner and degree and each may or may not be able to hold the respondent liable for a nuisance. . . .

No common issue other than liability was suggested and I cannot devise one that would advance the litigation.

Carthy J.A. dismissed the appeal, affirming the Divisional Court's order except insofar as it would have allowed the appellant to bring a fresh application on further evidence.

III. Legislation

Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6

5. — (1) The court shall certify a class proceeding on a motion under section 2, 3 or 4 if,

- (a) the pleadings or the notice of application discloses a cause of action;
- (b) there is an identifiable class of two or more persons that would be represented by the representative plaintiff or defendant;
- (c) the claims or defences of the class members raise common issues;
- (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues; and
- (e) there is a representative plaintiff or defendant who,
 - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

Le juge Carthy ne juge pas nécessaire de trancher la question de savoir si l'appelant a établi l'existence d'un groupe identifiable, car selon lui l'appelant n'a pas satisfait à l'exigence concernant les questions communes. À son avis, chaque allégation de l'appelant exige la preuve d'une nuisance. Comme une telle preuve oblige l'appelant à établir le préjudice individuellement, le juge Carthy conclut à l'absence de questions communes (aux p. 266-267) :

[TRADUCTION] Ce groupe de 30 000 personnes n'est pas comparable aux patients qui ont reçu des implants, aux occupants d'un train sinistré ou aux personnes qui ont bu de l'eau polluée. La vie de chacun de ses membres a été touchée, ou ne l'a pas été, de manière différente et à un degré différent et chacun peut être ou ne pas être en mesure de tenir l'intimée responsable d'une nuisance . . .

Nulle question commune autre que la responsabilité n'a été avancée, et je n'en vois aucune autre qui puisse faire progresser l'instance.

Le juge Carthy rejette l'appel, confirmant l'ordonnance de la Cour divisionnaire sauf l'autorisation de présenter une demande nouvelle étayée par une preuve additionnelle.

III. Les textes législatifs

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6

5 (1) Le tribunal saisi d'une motion visée à l'article 2, 3 ou 4 certifie qu'il s'agit d'un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

- a) les actes de procédure ou l'avis de requête révèlent une cause d'action;
- b) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus qui se ferait représenter par le représentant des demandeurs ou des défendeurs;
- c) les demandes ou les défenses des membres du groupe soulèvent des questions communes;
- d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes;
- e) il y a un représentant des demandeurs ou des défendeurs qui :
 - (i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,

- (ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and
- (iii) does not have, on the common issues for the class, an interest in conflict with the interests of other class members.

6. The court shall not refuse to certify a proceeding as a class proceeding solely on any of the following grounds:

1. The relief claimed includes a claim for damages that would require individual assessment after determination of the common issues.
2. The relief claimed relates to separate contracts involving different class members.
3. Different remedies are sought for different class members.
4. The number of class members or the identity of each class member is not known.
5. The class includes a subclass whose members have claims or defences that raise common issues not shared by all class members.

IV. Issues

- 12 Should the appellant be permitted to prosecute this action on behalf of the class described in his statement of claim?

V. Analysis

- 13 Ontario's *Class Proceedings Act, 1992*, like similar legislation adopted in British Columbia and Quebec, allows a member of a class to prosecute a suit on behalf of the class: see Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, s. 2(1); see also Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, Book IX; British Columbia *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. In order to commence such a proceeding, the person who seeks to represent the class must make a motion for an order certifying the action as a class proceeding and recognizing him or her as the representative of the class: see *Class Proceedings Act, 1992*, s. 2(2). Section 5 of the Act sets out five criteria by which a motions judge is to assess whether

- (ii) a préparé un plan pour l'instance qui propose une méthode efficace de faire avancer l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'instance,
- (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe, en ce qui concerne les questions communes du groupe.

6 Le tribunal ne doit pas refuser de certifier qu'une instance est un recours collectif en se fondant uniquement sur l'un des motifs suivants :

1. Les mesures de redressement demandées comprennent une demande de dommages-intérêts qui exigerait, une fois les questions communes décidées, une évaluation individuelle.
2. Les mesures de redressement demandées portent sur des contrats distincts concernant différents membres du groupe.
3. Des mesures correctives différentes sont demandées pour différents membres du groupe.
4. Le nombre de membres du groupe ou l'identité de chaque membre est inconnu.
5. Il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les demandes ou les défenses soulèvent des questions communes que ne partagent pas tous les membres du groupe.

IV. La question en litige

L'appelant devrait-il être autorisé à intenter un recours collectif au nom du groupe qu'il décrit dans sa déclaration?

V. L'analyse

La *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario, comme des lois similaires de la Colombie-Britannique et du Québec, permet à un membre d'un groupe d'introduire une instance au nom du groupe : voir pour l'Ontario, *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, par. 2(1); pour le Québec, *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, livre IX; pour la Colombie-Britannique, *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50. La personne cherchant à représenter le groupe doit demander par voie de motion une ordonnance certifiant que l'instance est un recours collectif et la nommant représentante du groupe : *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, par. 2(2). L'article 5 de la Loi énonce cinq critères qui

the class should be certified. If these criteria are satisfied, the motions judge is required to certify the class.

The legislative history of the *Class Proceedings Act, 1992*, makes clear that the Act should be construed generously. Before Ontario enacted the *Class Proceedings Act, 1992*, class actions were prosecuted in Ontario under the authority of Rule 12.01 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. That rule provided that

[w]here there are numerous persons having the same interest, one or more of them may bring or defend a proceeding on behalf or for the benefit of all, or may be authorized by the court to do so.

While that rule allowed courts to deal with relatively simple class actions, it became clear in the latter part of the 20th century that Rule 12.01 was not well-suited to the kinds of complicated cases that were beginning to come before the courts. These cases reflected “[t]he rise of mass production, the diversification of corporate ownership, the advent of the mega-corporation, and the recognition of environmental wrongs”: *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46, at para. 26. They often involved vast numbers of interested parties and complex, intertwined legal issues — some common to the class, some not. While it would have been possible for courts to accommodate moderately complicated class actions by reliance on their own inherent power over procedure, this would have required courts to devise *ad hoc* solutions to procedural complexities on a case-by-case basis: see *Western Canadian Shopping Centres*, at para. 51. The *Class Proceedings Act, 1992*, was adopted to ensure that the courts had a procedural tool sufficiently refined to allow them to deal efficiently, and on a principled rather than *ad hoc* basis, with the increasingly complicated cases of the modern era.

The Act reflects an increasing recognition of the important advantages that the class action offers as a procedural tool. As I discussed at some length in *Western Canadian Shopping Centres* (at paras.

permettront au juge saisi de la motion de décider s’il y a lieu de certifier le recours collectif. Si ces conditions sont remplies, le juge doit certifier le recours collectif.

Il ressort de l’évolution législative de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* qu’il convient de l’interpréter libéralement. Avant son adoption, le recours collectif était régi, en Ontario, par la règle 12.01 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, ainsi libellée :

Si de nombreuses personnes ont un même intérêt, une ou plusieurs d’entre elles peuvent intenter ou contester une instance au nom ou au profit de toutes les autres, ou peuvent y être autorisées par le tribunal.

Cette règle permettait aux tribunaux de régler des cas relativement simples de recours collectifs, mais il est devenu évident à la fin du XX^e siècle que la règle 12.01 n’était pas adaptée aux affaires complexes qui commençaient à venir devant les tribunaux. Ces affaires traduisaient « [l]a montée de la production de masse, la diversification de la propriété commerciale, la venue des conglomerats, et la prise de conscience des fautes environnementales » : *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46, par. 26. Souvent, le nombre des intéressés était considérable, et les affaires soulevaient des questions de droit complexes, enchevêtrées — dont certaines étaient communes au groupe, et d’autres pas. Les tribunaux auraient pu composer avec des recours collectifs modérément complexes en exerçant leur pouvoir inhérent en matière de procédure, mais ils auraient dû régler cas par cas les complications procédurales : voir *Western Canadian Shopping Centres*, par. 51. La *Loi de 1992 sur les recours collectifs* a été édictée pour donner aux tribunaux un instrument de procédure adapté leur permettant de statuer efficacement, en fonction de principes établis plutôt que cas par cas, sur les affaires de plus en plus compliquées de l’époque actuelle.

La Loi traduit la reconnaissance croissante des avantages importants qu’offre le recours collectif comme instrument de procédure. J’explique en détail dans *Western Canadian Shopping Centres*

27-29), class actions provide three important advantages over a multiplicity of individual suits. First, by aggregating similar individual actions, class actions serve judicial economy by avoiding unnecessary duplication in fact-finding and legal analysis. Second, by distributing fixed litigation costs amongst a large number of class members, class actions improve access to justice by making economical the prosecution of claims that any one class member would find too costly to prosecute on his or her own. Third, class actions serve efficiency and justice by ensuring that actual and potential wrongdoers modify their behaviour to take full account of the harm they are causing, or might cause, to the public. In proposing that Ontario adopt class action legislation, the Ontario Law Reform Commission identified each of these advantages: see Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions* (1982), vol. I, at pp. 117-45; see also Ministry of the Attorney General, *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (February 1990), at pp. 16-18. In my view, it is essential therefore that courts not take an overly restrictive approach to the legislation, but rather interpret the Act in a way that gives full effect to the benefits foreseen by the drafters.

(par. 27-29) que le recours collectif a trois avantages majeurs sur les poursuites individuelles multiples. Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, le recours collectif permet de faire des économies de ressources judiciaires en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Deuxièmement, en répartissant les frais fixes de justice entre les nombreux membres du groupe, le recours collectif assure un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les intenter individuellement. Troisièmement, le recours collectif sert l'efficacité et la justice en faisant en sorte que les malfaisants actuels ou éventuels prennent pleinement conscience du préjudice qu'ils infligent ou qu'ils pourraient infliger au public et modifient leur comportement en conséquence. En proposant l'adoption d'une loi sur les recours collectifs, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a fait ressortir chacun de ces avantages : voir Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Class Actions* (1982), vol. I, p. 117-145; voir aussi ministère du Procureur général, *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform*, février 1990, p. 16-18. Il est donc essentiel, selon moi, que les tribunaux n'interprètent pas la loi de manière trop restrictive, mais qu'ils adoptent une interprétation qui donne pleinement effet aux avantages escomptés par les rédacteurs.

16

It is particularly important to keep this principle in mind at the certification stage. In its 1982 report, the Ontario Law Reform Commission proposed that new class action legislation include a "preliminary merits test" as part of the certification requirements. The proposed test would have required the putative class representative to show that "there is a reasonable possibility that material questions of fact and law common to the class will be resolved at trial in favour of the class": *Report on Class Actions*, *supra*, vol. III, at p. 862. Notwithstanding the recommendation of the Ontario Law Reform Commission, Ontario decided not to adopt a preliminary merits test. Instead it adopted a test that merely requires that the statement of claim "disclos[e] a cause of action": see *Class Proceedings Act, 1992*, s. 5(1)(a). Thus the certification stage is decidedly

Il est particulièrement important d'avoir ce principe à l'esprit à l'étape de la certification. Dans son rapport de 1982, la Commission de réforme du droit de l'Ontario propose que la nouvelle loi sur les recours collectifs comporte un « critère préliminaire du bien-fondé du recours » dans les conditions de la certification. Le critère proposé aurait obligé le représentant proposé à établir [TRADUCTION] « qu'il existe une possibilité raisonnable que, au procès, des questions importantes de fait et de droit communes aux membres du groupe soient tranchées en faveur du groupe » : *Report on Class Actions*, *op. cit.*, vol. III, p. 862. Malgré la recommandation de la Commission de réforme du droit, l'Ontario n'a pas retenu le critère préliminaire du bien-fondé du recours. La *Loi de 1992 sur les recours collectifs* se contente d'exiger que la déclaration « révéll[e] une

not meant to be a test of the merits of the action: see *Class Proceedings Act, 1992*, s. 5(5) (“An order certifying a class proceeding is not a determination of the merits of the proceeding”); see also *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (1997), 34 O.R. (3d) 314 (Gen. Div.), at p. 320 (“any inquiry into the merits of the action will not be relevant on a motion for certification”). Rather the certification stage focuses on the form of the action. The question at the certification stage is not whether the claim is likely to succeed, but whether the suit is appropriately prosecuted as a class action: see generally *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform*, at pp. 30-33.

With these principles in mind, I turn now to the case at bar. The issue is whether the appellant has satisfied the certification requirements set out in s. 5 of the Act. The respondent does not dispute that the appellant’s statement of claim discloses a cause of action. The first question, therefore, is whether there is an identifiable class. In my view, there is. The appellant has defined the class by reference to objective criteria; a person is a member of the class if he or she owned or occupied property inside a specified area within a specified period of time. Whether a given person is a member of the class can be determined without reference to the merits of the action. While the appellant has not named every member of the class, it is clear that the class is bounded (that is, not unlimited). There is, therefore, an identifiable class within the meaning of s. 5(1)(b): see J. H. Friedenthal, M. K. Kane and A. R. Miller, *Civil Procedure* (2nd ed. 1993), at pp. 726-27; *Bywater*, *supra*, at pp. 175-76; *Western Canadian Shopping Centres*, *supra*, at para. 38.

A more difficult question is whether “the claims . . . of the class members raise common issues”, as required by s. 5(1)(c) of the *Class Proceedings Act, 1992*. As I wrote in *Western Canadian Shopping Centres*, the underlying question is “whether allowing the suit to proceed as a representative one will avoid duplication of fact-finding or legal analysis”. Thus an issue will be common “only where its resolution is necessary to the resolution of each class member’s claim” (para. 39). Fur-

cause d’action » (al. 5(1)a)). La Loi écarte carrément un examen au fond à l’étape de la certification (par. 5(5) : « L’ordonnance certifiant qu’il s’agit d’un recours collectif ne constitue pas une décision sur le fond de l’instance »). Voir aussi *Caputo c. Imperial Tobacco Ltd.* (1997), 34 O.R. (3d) 314 (Div. gén.), p. 320 ([TRADUCTION] « il n’y a lieu à aucun examen au fond dans une demande de certification »). L’étape de la certification intéresse la forme que revêt l’action. La question à cette étape n’est pas s’il est vraisemblable que la demande aboutisse, mais s’il convient de procéder par recours collectif : voir à titre général *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform*, p. 30-33.

J’applique maintenant ces principes à l’espèce. La question est de savoir si l’appelant a satisfait aux conditions de certification de l’art. 5 de la Loi. L’intimée ne conteste pas que la déclaration de l’appelant révèle une cause d’action. Il faut donc décider tout d’abord s’il existe un groupe identifiable. Selon moi, oui. L’appelant a défini le groupe en recourant à un critère objectif : une personne en est membre si, pendant une période donnée, elle a possédé ou occupé un immeuble situé dans un territoire précis. On peut déterminer si une personne est membre du groupe sans se référer au fond de l’action. Bien que l’appelant n’ait pas nommé chaque membre, le groupe est clairement circonscrit (c’est-à-dire qu’il n’est pas sans limites). Il existe donc un groupe identifiable au sens de l’al. 5(1)b) : voir J. H. Friedenthal, M. K. Kane et A. R. Miller, *Civil Procedure* (2^e éd. 1993), p. 726-727; *Bywater*, précité, p. 175-176; *Western Canadian Shopping Centres*, précité, par. 38.

Une question plus difficile se pose, celle de savoir si « les demandes [. . .] des membres du groupe soulèvent des questions communes », comme l’exige l’al. 5(1)c) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. Dans *Western Canadian Shopping Centres*, je dis que la question sous-jacente est « de savoir si le fait d’autoriser le recours collectif permettra d’éviter la répétition de l’appréciation des faits ou de l’analyse juridique ». Par conséquent, une question n’est commune « que

ther, an issue will not be “common” in the requisite sense unless the issue is a “substantial . . . ingredient” of each of the class members’ claims.

19

In this case there is no doubt that, if each of the class members has a claim against the respondent, some aspect of the issue of liability is common within the meaning of s. 5(1)(c). For any putative class member to prevail individually, he or she would have to show, among other things, that the respondent emitted pollutants into the air. At least this aspect of the liability issue (and perhaps other aspects as well) would be common to all those who have claims against the respondent. The difficult question, however, is whether each of the putative class members does indeed have a claim — or at least what might be termed a “colourable claim” — against the respondent. To put it another way, the issue is whether there is a rational connection between the class as defined and the asserted common issues: see *Western Canadian Shopping Centres*, at para. 38 (“the criteria [defining the class] should bear a rational relationship to the common issues asserted by all class members”). In asserting that there is such a relationship, the appellant points to the numerous complaints against the Keele Valley landfill filed with the Ministry of Environment. In the appellant’s view, the large number of complaints shows that many others in the putative class, if not all of them, are similarly situated *vis-à-vis* the respondent. For its part the respondent asserts that “150 people making complaints over a seven-year period does not make it likely that some 30,000 persons had their enjoyment of their property interfered with” (Divisional Court’s judgment, at pp. 479-80). The respondent also quotes the Ontario Court of Appeal’s judgment (at p. 264), which declined to find commonality on the grounds that

[i]n circumstances such as are described in the statement of claim one would expect to see evidence of the existence of a body of persons seeking recourse for their

lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe » (par. 39). Par ailleurs, une question n’est « commune » au sens voulu que s’il s’agit d’un « élément [. . .] important » des demandes de chaque membre du groupe.

En l’espèce, il ne fait aucun doute que, si chaque membre du groupe a une demande à faire valoir contre l’intimée, un aspect de la question de la responsabilité est commun au sens de l’al. 5(1)c). Pour avoir gain de cause individuellement, un membre du groupe proposé doit établir entre autres choses que l’intimée a rejeté des polluants dans l’air. Cet aspect au moins (ainsi que d’autres, peut-être) de la question de la responsabilité serait commun à tous ceux qui poursuivent l’intimée. Cependant, il est difficile de décider si chaque membre du groupe proposé a effectivement une demande ou, à tout le moins, une « demande apparente » à faire valoir contre l’intimée. En d’autres termes, la question est de savoir s’il existe un lien rationnel entre le groupe tel qu’il est défini et les questions communes énoncées : voir *Western Canadian Shopping Centres*, par. 38 (« [l]es critères [définissant le groupe] devraient avoir un rapport rationnel avec les revendications communes à tous les membres du groupe »). Pour établir l’existence d’un tel lien, l’appelant invoque les nombreuses plaintes reçues par le ministère de l’Environnement concernant la décharge Keele Valley. Selon lui, le nombre élevé de plaintes montre que la situation de beaucoup d’autres membres du groupe proposé, sinon tous, est semblable *vis-à-vis* de l’intimée. Cette dernière, pour sa part, estime que le fait que [TRADUCTION] « 150 personnes aient porté plainte en sept ans rend peu probable que 30 000 personnes aient subi une atteinte à la jouissance de leur propriété » (jugement de la Cour divisionnaire, p. 479-480). L’intimée cite également le jugement de la Cour d’appel de l’Ontario (à la p. 264), qui a refusé de reconnaître l’existence de questions communes parce que

[TRADUCTION] [d]ans des circonstances comme celles relatées dans la déclaration, on s’attendrait à des preuves de l’existence d’un groupe de personnes luttant pour que

complaints, such as, a history of “town meetings”, demands, claims against the no fault fund, [and] applications to amend the certificate of approval. . . .

The respondent is of course correct to state that implicit in the “identifiable class” requirement is the requirement that there be some rational relationship between the class and common issues. Little has been said about this requirement because, in the usual case, the relationship is clear from the facts. In a single-incident mass tort case (for example, an airplane crash), the scope of the appropriate class is not usually in dispute. The same is true in product liability actions (where the class is usually composed of those who purchased the product), or securities fraud actions (where the class is usually composed of those who owned the stock). In a case such as this, however, the appropriate scope of the class is not so obvious. It falls to the putative representative to show that the class is defined sufficiently narrowly.

The requirement is not an onerous one. The representative need not show that everyone in the class shares the same interest in the resolution of the asserted common issue. There must be some showing, however, that the class is not unnecessarily broad — that is, that the class could not be defined more narrowly without arbitrarily excluding some people who share the same interest in the resolution of the common issue. Where the class could be defined more narrowly, the court should either disallow certification or allow certification on condition that the definition of the class be amended: see *W. K. Branch, Class Actions in Canada* (1996), at para. 4.205; *Webb v. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389 (S.C.J.) (claim for compensation for wrongful dismissal; class definition overbroad because included those who could be proven to have been terminated for just cause); *Mouhteros v. DeVry Canada Inc.* (1998), 41 O.R. (3d) 63 (Gen. Div.) (claim against school for misrepresentations about marketability of students after graduation; class

l’on donne suite à leurs plaintes, comme des « réunions municipales », des revendications, des demandes adressées au fonds d’indemnisation sans égard à la responsabilité [et] des demandes de modification du certificat d’autorisation . . .

L’intimée a bien sûr raison d’affirmer que l’exigence d’un « groupe identifiable » englobe implicitement celle d’un lien rationnel entre le groupe et les questions communes. Peu de choses ont été dites au sujet de cette exigence, car le lien ressort habituellement des faits. Dans le cas d’un délit civil touchant simultanément un grand nombre de personnes (un accident d’avion, par exemple), la délimitation du groupe n’est généralement pas contestée. Il en va de même dans le cas de poursuites fondées sur la responsabilité du fait du produit (le groupe se composant habituellement des personnes ayant acheté le produit) ou pour fraude dans le domaine des valeurs mobilières (le groupe étant généralement formé des détenteurs des actions en cause). Toutefois, en l’espèce, la composition du groupe n’est pas aussi évidente. Il incombe au représentant proposé d’établir que le groupe est défini de manière suffisamment étroite.

Ce n’est pas une lourde exigence. Le représentant n’est pas tenu de montrer que tous les membres du groupe partagent le même intérêt dans le règlement de la question commune énoncée. Il doit cependant montrer de quelque manière que le groupe n’est pas inutilement large, c’est-à-dire qu’on ne pourrait lui donner une définition plus étroite sans exclure arbitrairement des personnes ayant le même intérêt dans le règlement de la question commune. Lorsque le groupe pourrait être défini plus étroitement, le tribunal devrait soit refuser la certification, soit l’accorder à la condition que la définition du groupe soit modifiée : voir *W. K. Branch, Class Actions in Canada* (1996), par. 4.205; *Webb c. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389 (C.S.J.) (demande d’indemnité pour congédiement injustifié; la définition du groupe était trop large en ce qu’elle englobait les personnes dont on pouvait prouver qu’elles avaient été congédiées pour un motif valable); *Mouhteros c. DeVry Canada Inc.* (1998), 41 O.R. (3d) 63 (Div. gén.) (déclarations trompeuses d’une école concernant le

20

21

definition overinclusive because included students who had found work after graduation).

22

The question arises, then, to what extent the class representative should be allowed or required to introduce evidence in support of a certification motion. The recommendations of the Ontario Law Reform Commission's 1982 report on this point should perhaps be given limited weight because, as discussed above, those recommendations were made in the context of a proposal that the certification stage include a preliminary merits test: see *Report on Class Actions*, *supra*, vol. II, at pp. 422-26 (recommending that both the representative plaintiff and the defendant be required, at the certification stage, to file one or more affidavits setting out all the facts upon which they intend to rely, and that the parties be permitted to examine the deponents of any such affidavits). The 1990 report of the Attorney General's Advisory Committee is perhaps a better guide. That report suggests that "[u]pon a motion for certification . . . the representative plaintiff shall and the defendant may serve and file one or more affidavits setting forth the material facts upon which each intends to rely" (emphasis added): see *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform*, *supra*, at p. 33. In my view the Advisory Committee's report appropriately requires the class representative to come forward with sufficient evidence to support certification, and appropriately allows the opposing party an opportunity to respond with evidence of its own.

23

This appears to be the existing practice of Ontario courts. In *Caputo*, *supra*, the representative brought a class action against cigarette manufacturers claiming that they had knowingly misled the public about the risks associated with smoking. In support of the certification motion, the class representative filed only a solicitor's affidavit based on information and belief. The court held that the evidence adduced by the class representative was insufficient to support certification, and that the defendant manufacturers should be allowed to examine the individual class members in order to obtain the information required to allow the court

placement de ses diplômés; la composition du groupe était trop étendue, car elle comprenait des diplômés ayant trouvé un emploi).

Il faut se demander ensuite dans quelle mesure on peut permettre ou demander au représentant du groupe de présenter des preuves à l'appui de sa demande de certification. Les recommandations de la Commission de réforme du droit de l'Ontario sur ce point, dans son rapport de 1982, ont peut-être peu de poids puisque, comme je le dis plus haut, ce rapport proposait aussi l'adoption d'un critère préliminaire du bien-fondé du recours à l'étape de la demande de certification : voir *Report on Class Actions*, *op. cit.*, vol. II, p. 422-426 (recommandant que le demandeur représentant et la partie défenderesse soient tenus, à l'étape de la certification, de produire un ou plusieurs affidavits exposant tous les faits allégués et que les parties soient autorisées à interroger les déposants). Le rapport de 1990 du comité consultatif du procureur général est peut-être une meilleure référence. Il recommande ceci : [TRADUCTION] « à l'audition de la demande de certification, [. . .] le demandeur représentant doit, et la partie défenderesse peut, signifier et déposer un ou plusieurs affidavits exposant les faits pertinents que chacun entend invoquer » (je souligne) : *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform*, *op. cit.*, p. 33. Selon moi, c'est à juste titre que ce rapport exige du représentant du groupe qu'il apporte une preuve suffisante à l'appui de sa demande de certification tout en permettant à la partie adverse de produire à son tour sa propre preuve.

Telle paraît être la pratique actuelle devant les tribunaux ontariens. Dans *Caputo*, précité, le représentant a intenté un recours collectif contre des fabricants de cigarettes, alléguant que ces derniers avaient sciemment trompé le public au sujet des risques associés à la cigarette. À l'appui de la demande de certification, le représentant du groupe n'a déposé que l'affidavit d'un avocat établi sur la foi de renseignements tenus pour véridiques. La cour a estimé que la preuve offerte ne justifiait pas la certification du recours collectif et que les défendeurs devraient être autorisés à interroger les membres du groupe individuellement pour obtenir

to decide the certification motion. The “primary concern”, the court wrote, is “[t]he adequacy of the record”, which “will vary in the circumstances of each case” (p. 319).

In *Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Gen. Div.), the representative sought to bring a class action on behalf of the residents in her apartment building, alleging that mould in the building was exposing the residents to health risks. The representative provided no evidence, however, suggesting that the mould had been found anywhere but in her own apartment. The court wrote (at pp. 380-81) that “the CPA requires the representative plaintiff to provide a certain minimum evidentiary basis for a certification order” (emphasis added). While the *Class Proceedings Act, 1992* does not require a preliminary merits showing, “the judge must be satisfied of certain basi[c] facts required by s. 5 of the CPA as the basis for a certification order” (p. 381).

I agree that the representative of the asserted class must show some basis in fact to support the certification order. As the court in *Taub* held, that is not to say that there must be affidavits from members of the class or that there should be any assessment of the merits of the claims of other class members. However, the *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform* clearly contemplates that the class representative will have to establish an evidentiary basis for certification: see Report, at p. 31 (“evidence on the motion for certification should be confined to the [certification] criteria”). The Act, too, obviously contemplates the same thing: see s. 5(4) (“[t]he court may adjourn the motion for certification to permit the parties to amend their materials or pleadings or to permit further evidence”). In my view, the class representative must show some basis in fact for each of the certification requirements set out in s. 5 of the Act, other than the requirement that the pleadings disclose a cause of action. That latter requirement is of course governed by the rule that a pleading should not be struck for failure to dis-

l’information nécessaire afin qu’il puisse être statué sur la demande. Selon la cour, [TRADUCTION] « Il est essentiel de disposer d’un dossier adéquat », ce qui « varie en fonction des circonstances de chaque espèce » (p. 319).

Dans *Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Div. gén.), la représentante voulait intenter un recours collectif au nom des locataires de l’immeuble qu’elle habitait. Elle alléguait que de la moisissure compromettait la santé des occupants. Toutefois, elle n’avait présenté aucune preuve indiquant que de la moisissure avait été détectée ailleurs que dans son propre appartement. La cour dit, p. 380-381, que [TRADUCTION] « la Loi exige que le demandeur représentant offre un minimum d’éléments probants à l’appui de la demande de certification » (je souligne). Bien que la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* n’exige pas une preuve préliminaire du bien-fondé du recours, [TRADUCTION] « le juge doit être convaincu de l’existence de certains faits de base exigés par l’art. 5 de la Loi, pour rendre une ordonnance de certification » (p. 381).

Je conviens que le représentant du groupe défini doit établir un certain fondement factuel pour la demande de certification. Comme le dit la cour dans *Taub*, cela ne signifie pas qu’il faut des affidavits des membres du groupe ou qu’il faut un examen au fond des demandes d’autres membres du groupe. Cependant, le rapport précité du comité consultatif du procureur général envisageait manifestement que le représentant du groupe serait tenu d’étayer sa demande de certification (à la p. 31) : ([TRADUCTION] « la preuve à l’appui de la demande devrait se limiter aux critères [de certification] »). De toute évidence, c’est ce que prévoit la Loi au par. 5(4) (« [l]e tribunal peut ajourner la motion en vue de faire certifier le recours collectif afin de permettre aux parties de modifier leurs documents ou leurs actes de procédure ou d’autoriser la présentation d’éléments de preuve supplémentaires »). À mon sens, le représentant du groupe doit établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions énumérées à l’art. 5 de la Loi, autre que l’exigence que les actes de procédure révèlent une cause d’action. Cette

24

25

close a cause of action unless it is “plain and obvious” that no claim exists: see Branch, *supra*, at para. 4.60.

26

In my view the appellant has met his evidentiary burden here. Together with his motion for certification, the appellant submitted some 115 pages of complaint records, which he obtained from the Ontario Ministry of Environment and Energy and the Toronto Metropolitan Works Department. The records of the Ministry of Environment and Energy document almost 300 complaints between July 1985 and March 1994, approximately 200 complaints in 1995, and approximately 150 complaints in 1996. The Metropolitan Works Department records document almost 300 complaints between July 1983 and the end of 1993. As some people may have registered their complaints with both the Ministry of Environment and Energy and the Metropolitan Works Department, it is difficult to determine exactly how many separate complaints were brought in any year. It is sufficiently clear, however, that many individuals besides the appellant were concerned about noise and physical emissions from the landfill. I note, further, that while some areas within the geographical area specified by the class definition appear to have been the source of a disproportionate number of complaints, complaints were registered from many different areas within the specified boundaries. I conclude, therefore, that the appellant has shown a sufficient basis in fact to satisfy the commonality requirement.

27

I cannot conclude, however, that “a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues”, as required by s. 5(1)(d). The parties agree that, in the absence of legislative guidance, the preferability inquiry should be conducted through the lens of the three principal advantages of class actions — judicial economy, access to justice, and behaviour modification: see also *Abdool v. Anaheim Management Ltd.* (1995), 21 O.R. (2d) 453 (Div. Ct.); compare *British Columbia Class Proceedings Act*, s. 4(2) (listing factors that court must consider in

dernière exigence est régie bien sûr par la règle qu’un acte de procédure ne devrait pas être radié parce qu’il ne révèle pas de cause d’action à moins qu’il soit [TRADUCTION] « manifeste et évident » qu’il n’y a lieu à aucune réclamation : voir Branch, *op. cit.*, par. 4.60.

J’estime que l’appellant s’est acquitté de son obligation au chapitre de la preuve. Il a joint à la motion les dossiers des plaintes déposées, totalisant quelque 115 pages, obtenus du ministère de l’Environnement et de l’Énergie de l’Ontario et du Service des travaux publics de la Communauté urbaine de Toronto. Les dossiers du ministère documentent près de 300 plaintes formulées entre juillet 1985 et mars 1994, environ 200 plaintes en 1995 et environ 150 plaintes en 1996. Les dossiers du Service des travaux publics contiennent près de 300 plaintes déposées entre juillet 1983 et la fin de l’année 1993. Comme certaines personnes peuvent avoir adressé leur plainte à la fois au ministère de l’Environnement et de l’Énergie et au Service des travaux publics, il est difficile de déterminer précisément le nombre de plaintes distinctes déposées au cours d’une année. Il est suffisamment clair, toutefois, que de nombreuses autres personnes que l’appellant ont déploré le bruit et les rejets physiques provenant de la décharge. Je remarque par ailleurs que, même si un nombre disproportionné de plaintes paraissent provenir de certaines parties du territoire décrit dans la définition du groupe, des habitants de nombreux autres secteurs compris dans ce territoire ont porté plainte. Je conclus donc que l’appellant a établi un fondement factuel suffisant à l’appui de l’existence de questions communes.

Toutefois, je ne peux conclure que « le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes », comme l’exige l’al. 5(1)d). Les parties conviennent que, en l’absence de paramètres établis par le législateur, la question du meilleur moyen est fonction des trois principaux avantages du recours collectif : l’économie de ressources judiciaires, l’accès à la justice et la modification des comportements : voir aussi *Abdool c. Anaheim Management Ltd.* (1995), 21 O.R. (2d) 453 (C. div.); comparer avec la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique, par. 4(2) (énumérant les

assessing preferability). Beyond that, however, the appellant and respondent part ways. In oral argument before this Court, the appellant contended that the court must look to the common issues alone, and ask whether the common issues, taken in isolation, would be better resolved in a class action rather than in individual proceedings. In response, the respondent argued that the common issues must be viewed contextually, in light of all the issues — common and individual — raised by the case. The respondent also argued that the inquiry should take into account the availability of alternative avenues of redress.

The report of the Attorney General's Advisory Committee makes clear that "preferable" was meant to be construed broadly. The term was meant to capture two ideas: first the question of "whether or not the class proceeding [would be] a fair, efficient and manageable method of advancing the claim", and second, the question of whether a class proceeding would be preferable "in the sense of preferable to other procedures such as joinder, test cases, consolidation and so on": *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform, supra*, at p. 32. In my view, it would be impossible to determine whether the class action is preferable in the sense of being a "fair, efficient and manageable method of advancing the claim" without looking at the common issues in their context.

The Act itself, of course, requires only that a class action be the preferable procedure for "the resolution of the common issues" (emphasis added), and not that a class action be the preferable procedure for the resolution of the class members' claims. I would not place undue weight, however, on the fact that the Act uses the phrase "resolution of the common issues" rather than "resolution of class members' claims". As one commentator writes:

The [American] class action [rule] requires that the class action be the superior method to resolve the "controversy." The B.C. and Ontario Acts require that the class proceeding be the preferable procedure for the resolution of the "common issues" (as opposed to the entire controversy). [This] *distinctio[n]* can be seen as creating a lower

facteurs à considérer pour décider si le recours collectif est la meilleure procédure). Pour le reste, cependant, l'appelant et l'intimée diffèrent. Dans sa plaidoirie devant notre Cour, l'appelant a soutenu que le tribunal doit examiner les questions communes seulement et se demander si le recours collectif plutôt que des recours individuels est le meilleur moyen de régler les questions communes considérées isolément. L'intimée a rétorqué que les questions communes doivent être analysées en contexte, compte tenu de l'ensemble des questions en litige — communes et individuelles. Elle soutenait par ailleurs qu'il fallait tenir compte de l'existence d'autres moyens d'obtenir réparation.

Le rapport précité du comité consultatif du procureur général indique clairement qu'il faut donner une interprétation large au « meilleur moyen ». L'expression vise à exprimer deux idées : Premièrement, [TRADUCTION] « le recours collectif est-il un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance? » Deuxièmement, le recours collectif est-il [TRADUCTION] « préférable aux autres procédures que sont la jonction ou la réunion d'instances, la cause type, etc.? » (*Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform, op. cit.*, p. 32) Il est impossible, selon moi, de décider si le recours collectif est préférable en ce sens qu'il est un « moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance », sans examiner les questions communes dans leur contexte.

La Loi comme telle exige seulement, bien sûr, que le recours collectif soit la meilleure procédure pour « régler les questions communes » (je souligne), et non qu'il s'agisse de la meilleure procédure pour régler les réclamations des membres du groupe. Cependant, je n'accorderais pas une trop grande importance au fait que la Loi emploie l'expression « régler les questions communes », et non « régler les demandes des membres du groupe ». Comme le dit un observateur :

[TRADUCTION] La [règle américaine] pertinente exige que le recours collectif soit le moyen le plus approprié de régler le « litige ». Les lois de la Colombie-Britannique et de l'Ontario disent que le recours collectif doit être le meilleur moyen de régler les « questions communes » (par opposition au litige tout entier). [Cette] différenc[e]

28

29

threshold for certification in Ontario and B.C. than in the U.S. However, it is still important in B.C. and Ontario to assess the litigation as a whole, including the individual hearing stage, in order to determine whether the class action is the preferable means of resolving the common issues. In the abstract, common issues are always best resolved in a common proceeding. However, it is important to adopt a practical cost-benefit approach to this procedural issue, and to consider the impact of a class proceeding on class members, the defendants, and the court.

See Branch, *supra*, at para. 4.690. I would endorse that approach.

30

The question of preferability, then, must take into account the importance of the common issues in relation to the claims as a whole. It is true, of course, that the Act contemplates that class actions will be allowable even where there are substantial individual issues: see s. 5. It is also true that the drafters rejected a requirement, such as is contained in the American federal class action rule, that the common issues “predominate” over the individual issues: see *Federal Rules of Civil Procedure*, Rule 23(b)(3) (stating that class action maintainable only if “questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members”); see also *British Columbia Class Proceedings Act*, s. 4(2)(a) (stating that, in determining whether a class action is the preferable procedure, the court must consider “whether questions of fact or law common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members”). I cannot conclude, however, that the drafters intended the preferability analysis to take place in a vacuum. There must be a consideration of the common issues in context. As the Chair of the Attorney General’s Advisory Committee put it, the preferability requirement asks that the class representative “demonstrate that, given all of the circumstances of the particular claim, [a class action] would be preferable to other methods of resolving these claims and, in particular, that it would be preferable to the use of individual proceedings” (emphasis added): M. G. Cochrane, *Class Actions: A Guide to*

peut sembler établir un test moins exigeant en Ontario et en Colombie-Britannique qu’aux États-Unis. Toutefois, il demeure important en Colombie-Britannique et en Ontario d’apprécier le litige globalement, y compris l’étape de l’examen des demandes individuelles, afin de décider si le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes. En théorie, il vaut toujours mieux régler les questions communes dans une instance commune. Toutefois, pour trancher cette question de procédure, il importe de recourir à une analyse pratique tenant compte des coûts et des avantages et de prendre en considération l’incidence d’un recours collectif sur les membres du groupe, les défendeurs et le tribunal.

Voir Branch, *op. cit.*, par. 4.690. Je souscris à cette analyse.

Sur la question de la meilleure procédure, il faut donc examiner l’importance des questions communes par rapport à l’ensemble des revendications. Certes, la Loi prévoit que le recours collectif est autorisé même lorsqu’il existe d’importantes questions individuelles : voir l’art. 5. Il est vrai également que, contrairement au législateur fédéral américain, le législateur ontarien n’a pas retenu l’exigence que les questions communes « prévalent » sur les questions individuelles : voir *Federal Rules of Civil Procedure*, règle 23(b)(3) (le recours collectif ne peut être autorisé que si [TRADUCTION] « les questions de droit ou de fait communes aux membres du groupe prévalent sur les questions qui ne touchent que des membres individuels »); voir aussi la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique, al. 4(2)a) (pour décider si le recours collectif est la meilleure procédure, le tribunal doit se demander [TRADUCTION] « si les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe prévalent sur les questions qui ne touchent que des membres individuels »). Je ne peux cependant conclure que le législateur a voulu que cette analyse s’effectue dans l’abstrait. Les questions communes doivent être analysées en contexte. Comme le dit le président du comité consultatif du procureur général, la question de la meilleure procédure exige que le représentant du groupe [TRADUCTION] « établisse que compte tenu de toutes les circonstances propres à une demande donnée, le recours collectif est la meilleure procédure pour régler la demande et qu’il est préférable, particulièrement, aux recours

the Class Proceedings Act, 1992 (1993), at p. 27.

I think it clear, too, that the court cannot ignore the availability of avenues of redress apart from individual actions. As noted above, the preferability requirement was intended to capture the question of whether a class proceeding would be preferable “in the sense of preferable to other procedures such as joinder, test cases, consolidation and so on”: see *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform, supra*, at p. 32; see also Cochrane, *supra*, at p. 27; M. A. Eizenga, M. J. Peerless and C. M. Wright, *Class Actions Law and Practice* (loose-leaf), at para. 3.62 (“[a]s part of the determination with respect to preferability, it is appropriate for the court to review alternative means of adjudicating the dispute which is before it”). In my view, the preferability analysis requires the court to look to all reasonably available means of resolving the class members’ claims, and not just at the possibility of individual actions.

I am not persuaded that the class action would be the preferable means of resolving the class members’ claims. Turning first to the issue of judicial economy, I note that any common issue here is negligible in relation to the individual issues. While each of the class members must, in order to recover, establish that the Keele Valley landfill emitted physical or noise pollution, there is no reason to think that any pollution was distributed evenly across the geographical area or time period specified in the class definition. On the contrary, it is likely that some areas were affected more seriously than others, and that some areas were affected at one time while other areas were affected at other times. As the Divisional Court noted, “[e]ven if one considers only the 150 persons who made complaints — those complaints relate to different dates and different locations spread out over seven years and 16 square miles” (p. 480). Some class members are close to the site, some are further away. Some class members are close to other possible sources of pollution. Once the common issue is seen in the

individuels » (je souligne) : M. G. Cochrane, *Class Actions : A Guide to the Class Proceedings Act, 1992* (1993), p. 27.

Il est clair par ailleurs que le tribunal ne peut négliger l’existence d’autres moyens que les recours individuels d’obtenir réparation. Comme je le précise plus haut, la loi exige que le recours collectif soit le meilleur moyen de régler les questions communes c’est-à-dire [TRADUCTION] « préférable aux autres procédures que sont la jonction ou la réunion d’instances, la cause type, etc. » : *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform, op. cit.*, p. 32; voir aussi Cochrane, *op. cit.*, p. 27; M. A. Eizenga, M. J. Peerless et C. M. Wright, *Class Actions Law and Practice* (feuilles mobiles), par. 3.62 ([TRADUCTION] « pour décider si le recours collectif est le moyen préférable, le tribunal peut examiner les autres moyens de régler le litige »). J’estime que le tribunal, dans l’analyse du meilleur moyen, doit examiner tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe, et non seulement la possibilité de recours individuels.

Je ne suis pas convaincue que le recours collectif est le meilleur moyen de régler les réclamations des membres du groupe. En ce qui concerne d’abord l’économie de ressources judiciaires, je note que toute question commune en l’espèce est négligeable par rapport aux questions individuelles. Même si chaque membre du groupe doit, pour obtenir réparation, prouver que la décharge Keele Valley a produit la pollution physique et sonore, il n’y a aucune raison de croire que la pollution a frappé uniformément le territoire délimité et pendant toute la période visée par la définition du groupe. Au contraire, il est probable que certains secteurs aient été touchés plus gravement que d’autres et que différentes parties du territoire aient été frappées à différents moments. Comme l’indique la Cour divisionnaire, [TRADUCTION] « [m]ême si l’on ne tient compte que des 150 personnes qui ont déposé des plaintes, celles-ci se rapportent à des dates différentes sur sept ans et à des endroits différents sur 16 milles carrés » (p. 480). Certains habitent à proximité de la

context of the entire claim, it becomes difficult to say that the resolution of the common issue will significantly advance the action.

décharge, d'autres plus loin. Certains habitent à proximité d'une autre source possible de pollution. Une fois la question commune considérée dans le contexte global de la demande, il devient difficile d'affirmer que le règlement de la question commune fera progresser substantiellement l'instance.

33

Nor would allowing a class action here serve the interests of access to justice. The appellant posits that class members' claims may be so small that it would not be worthwhile for them to pursue relief individually. In many cases this is indeed a real danger. As noted above, one important benefit of class actions is that they divide fixed litigation costs over the entire class, making it economically feasible to prosecute claims that might otherwise not be brought at all. I am not fully convinced, however, that this is the situation here. The central problem with the appellant's argument is that, if it is in fact true that the claims are so small as to engage access to justice concerns, it would seem that the Small Claims Trust Fund would provide an ideal avenue of redress. Indeed, since the Small Claims Trust Fund establishes a no-fault scheme, it is likely to provide redress far more quickly than would the judicial system. If, on the other hand, the Small Claims Trust Fund is not sufficiently large to handle the class members' claims, one must question whether the access to justice concern is engaged at all. If class members have substantial claims, it is likely that they will find it worthwhile to bring individual actions. The fact that no claims have been made against the Small Claims Trust Fund may suggest that the class members' claims are either so small as to be non-existent or so large as to provide sufficient incentive for individual action. In either case access to justice is not a serious concern. Of course, the existence of a compensatory scheme under which class members can pursue relief is not in itself grounds for denying a class action — even if the compensatory scheme promises to provide redress more quickly: see *Rumley v. British Columbia*, [2001] 3 S.C.R. 184, 2001 SCC 69, at para. 38. The existence of such a scheme, however, provides one consideration that must be taken into account when

Autoriser le recours collectif en l'espèce ne favoriserait pas non plus l'accès à la justice. L'appellant fait valoir que les demandes des membres du groupe pourraient être si modestes qu'il ne vaudrait pas la peine pour eux d'intenter des recours individuels. Dans bien des cas, il s'agit effectivement d'un risque réel. Comme je le dis plus haut, un des avantages importants du recours collectif est de répartir les frais fixes de justice entre tous les membres du groupe et de rendre financièrement possibles des poursuites qui, autrement, n'auraient pas pu être engagées. Toutefois, je ne suis pas totalement convaincue que ce soit le cas en l'occurrence. La faille principale dans le raisonnement de l'appellant est la suivante : s'il est en fait vrai que les demandes sont tellement modestes que la question de l'accès à la justice se pose, l'indemnisation par le fonds créé pour ce type de réclamations est le mode de réparation idéal. En effet, comme il s'agit d'un programme d'indemnisation sans égard à la responsabilité, le fonds devrait permettre d'obtenir réparation bien plus rapidement que par voie judiciaire. Si, en revanche, le fonds d'indemnisation n'est pas assez important pour les demandes des membres du groupe, on peut se demander si la question de l'accès à la justice se pose. Si leurs réclamations sont substantielles, elles valent la peine d'intenter des recours individuels. Le fait qu'aucune réclamation n'a été présentée au fonds pourrait indiquer que les demandes des membres du groupe sont soit modestes au point d'être non existantes, soit suffisamment importantes pour qu'il vaille la peine d'engager des instances individuelles. Dans l'un ou l'autre cas, l'accès à la justice n'est pas une préoccupation sérieuse. Bien sûr, l'existence d'un fonds permettant aux membres du groupe de demander une indemnisation n'est pas en soi un motif de refuser un recours collectif — même si le régime d'indemnisation peut permettre d'obtenir réparation plus rapidement : *Rumley c. Colombie-Britannique*,

assessing the seriousness of access-to-justice concerns.

For similar reasons I would reject the argument that behaviour modification is a significant concern in this case. Behavioural modification may be relevant to determining whether a class action should proceed. As noted in *Western Canadian Shopping Centres, supra*, at para. 29, “[w]ithout class actions, those who cause widespread but individually minimal harm might not take into account the full costs of their conduct, because for any one plaintiff the expense of bringing suit would far exceed the likely recovery”. This concern is certainly no less pressing in the context of environmental litigation. Indeed, Ontario has enacted legislation that reflects a recognition that environmental harm is a cost that must be given due weight in both public and private decision-making: see *Environmental Bill of Rights, 1993*, S.O. 1993, c. 28, and *Environmental Protection Act*. I am not persuaded, however, that allowing a class action here would serve that end. If individual class members have substantial claims against the respondent, we should expect that they will be willing to prosecute those claims individually; on the other hand if their claims are small, they will be able to obtain compensation through the Small Claims Trust Fund. In either case, the respondent will be forced to internalize the costs of its conduct.

I would note, further, that Ontario’s environmental legislation provides other avenues by which the complainant here could ensure that the respondent takes full account of the costs of its actions. While the existence of such legislation certainly does not foreclose the possibility of environmental class actions, it does go some way toward addressing legitimate concerns about behaviour modification: see *Environmental Bill of Rights, 1993*, ss. 61(1) (stating that “[a]ny two persons resident in Ontario who believe that an existing policy, Act, regulation or instrument of Ontario should be

[2001] 3 R.C.S. 184, 2001 CSC 69, par. 38. L’existence d’un tel régime est une considération dont il faut tenir compte dans l’évaluation de la gravité du problème d’accès à la justice.

Pour des motifs similaires, j’écarte l’argument selon lequel la modification du comportement est une considération importante en l’espèce. La modification comportementale peut être pertinente aux fins de décider si un recours collectif devrait être autorisé. Comme le note *Western Canadian Shopping Centres*, précité, par. 29, « [s]ans recours collectifs, des personnes qui causent des préjudices individuels mineurs mais répandus pourraient négliger le coût total de leur conduite, sachant que, pour un demandeur, les frais d’une poursuite dépasseraient largement la réparation probable ». Il s’agit certainement d’une préoccupation tout aussi pressante dans le contexte d’un litige environnemental. D’ailleurs, l’Ontario a adopté une loi reconnaissant que le préjudice environnemental est un coût dont il faut dûment tenir compte dans la prise de décisions publiques et privées : voir la *Charte des droits environnementaux de 1993*, L.O. 1993, ch. 28, et la *Loi sur la protection de l’environnement*. Je ne suis pas convaincue, cependant, qu’autoriser le recours collectif en l’espèce contribuerait à la réalisation de cet objectif. Si les membres du groupe ont des demandes substantielles à faire valoir contre l’intimée, ils devraient être disposés à tenter des recours individuels; par contre, si leurs demandes sont minimes, ils seront en mesure d’obtenir réparation en s’adressant au fonds d’indemnisation créé à cette fin. Dans l’un ou l’autre cas, l’intimée devra absorber les coûts occasionnés par son comportement.

Je signale de plus que la législation ontarienne de l’environnement offre au plaignant d’autres moyens d’obliger l’intimée à tenir pleinement compte du coût de ses actes. Bien que l’existence de cette législation n’écarte certainement pas la possibilité de recours collectifs dans le domaine de l’environnement, elle apaise jusqu’à un certain point les craintes légitimes au chapitre de la modification comportementale : voir la *Charte des droits environnementaux de 1993*, par. 61(1) (« [d]eux personnes qui résident en Ontario et qui croient qu’une politique, une loi, un règlement ou un acte

34

35

amended, repealed or revoked in order to protect the environment may apply to the Environmental Commissioner for a review of the policy, Act, regulation or instrument by the appropriate minister”) and 74(1) (stating that “[a]ny two persons resident in Ontario who believe that a prescribed Act, regulation or instrument has been contravened may apply to the Environmental Commissioner for an investigation of the alleged contravention by the appropriate minister”); *Environmental Protection Act*, s. 14(1) (stating that “[d]espite any other provision of this Act or the regulations, no person shall discharge a contaminant or cause or permit the discharge of a contaminant into the natural environment that causes or is likely to cause an adverse effect”); s. 172(1) (stating that “[w]here a person complains that a contaminant is causing or has caused injury or damage to livestock or to crops, trees or other vegetation which may result in economic loss to such person, the person may, within fourteen days after the injury or damage becomes apparent, request the Minister to conduct an investigation”); and s. 186(1) (stating that “[e]very person who contravenes this Act or the regulations is guilty of an offence”).

de l’Ontario devrait être modifié, abrogé ou révoqué en vue de protéger l’environnement peuvent demander au commissaire à l’environnement de faire examiner par le ministre compétent la politique, la loi, le règlement ou l’acte en question », et par. 74(1) (« [d]eux personnes qui résident en Ontario et qui croient qu’il y a eu contravention à une loi, à un règlement ou à un acte prescrits peuvent demander au commissaire à l’environnement de faire mener par le ministre compétent une enquête sur la contravention reprochée »); *Loi sur la protection de l’environnement*, par. 14(1) (« [m]algré toute autre disposition de la présente loi et des règlements, nul ne doit rejeter un contaminant dans l’environnement naturel ou permettre ou faire en sorte que cela se fasse lorsqu’un tel acte cause ou causera vraisemblablement une conséquence préjudiciable »); par. 172(1) (« [s]i une personne se plaint qu’un contaminant cause ou a causé des lésions à du bétail, ou des dommages à des récoltes, à des arbres ou à une autre végétation qui peuvent occasionner une perte financière à cette personne, elle peut, dans les quatorze jours après que les lésions ou les dommages deviennent apparents, demander au ministre de faire une enquête »); et par. 186(1) (« [q]uiconque enfreint la présente loi ou les règlements est coupable d’une infraction »).

36 I conclude that the action does not meet the requirements set out in s. 5(1) of Ontario’s *Class Proceedings Act, 1992*. Even on the generous approach advocated above, the appellant has not shown that a class action is the preferable means of resolving the claims raised here.

Je conclus que l’instance ne satisfait pas aux exigences du par. 5(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l’Ontario. Même selon l’interprétation libérale préconisée plus haut, l’appelant n’a pas établi que le recours collectif est le meilleur moyen de régler les demandes en l’espèce.

37 I should make one note on the scope of the holding in this case. The appellant took pains to characterize this case as raising the issue of whether Ontario’s *Class Proceedings Act, 1992* permits environmental class actions. I would not frame the issue so broadly. While the appellant has not met the certification requirements here, it does not follow that those requirements could never be met in an environmental tort case. The question of whether an action should be permitted to be prosecuted as a class action is necessarily one that turns on the

Je tiens cependant à préciser la portée du présent arrêt. L’appelant a cherché à caractériser la question à trancher comme étant la question de savoir si la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l’Ontario autorise les recours collectifs dans le domaine de l’environnement. Je ne formulerais pas la question de manière aussi générale. Même si l’appelant n’a pas rempli les conditions de la certification, cela ne veut pas dire que ces conditions ne pourraient jamais être réunies dans le contexte de la responsabilité environnementale. Ce

facts of the case. In this case there were serious questions about preferability. Other environmental tort cases may not raise the same questions. Those cases should be decided on their facts.

The appeal is dismissed. There will be no costs to either party.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: McGowan & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondent: H. W. O. Doyle, Toronto.

Solicitors for the interveners Friends of the Earth, West Coast Environmental Law Association and Canadian Association of Physicians for the Environment: Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Solicitors for the intervener the Environmental Commissioner of Ontario: McCarthy Tétrault and David McRobert, Toronto.

Solicitor for the intervener the Law Foundation of Ontario: Mark M. Orkin, Toronto.

sont nécessairement les faits de l'espèce qui déterminent s'il y a lieu d'autoriser un recours collectif. Dans la présente affaire, il y avait des doutes sérieux quant à la question de la meilleure procédure. Une autre affaire de délit civil environnemental pourrait ne pas soulever les mêmes doutes. Il conviendra de statuer alors en fonction des faits.

Le pourvoi est rejeté. Il n'y a pas d'adjudication des dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : McGowan & Associates, Toronto.

Procureur de l'intimée : H. W. O. Doyle, Toronto.

Procureurs des intervenants Ami(e)s de la terre, West Coast Environmental Law Association et Association canadienne des médecins pour l'environnement : Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Commissaire à l'environnement de l'Ontario : McCarthy Tétrault et David McRobert, Toronto.

Procureur de l'intervenante La fondation du droit de l'Ontario : Mark M. Orkin, Toronto.

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

v.

**Leanne Rumley, John Pratt, Sharon Rumley,
J.S. and M.M.** *Respondents*

INDEXED AS: RUMLEY v. BRITISH COLUMBIA

Neutral citation: 2001 SCC 69.

File No.: 27721.

Hearing and judgment: June 13, 2001.

Reasons delivered: October 18, 2001.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Practice — Class actions — Class certification — Plaintiffs seeking to represent current and former students abused at residential school for deaf and blind operated by province — Whether plaintiffs meet certification requirements set out in provincial class action legislation — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4.

From the early 1950s until 1992, British Columbia operated a residential school for deaf children. Until 1979, the school also enrolled blind children. Investigations by the provincial Ombudsman and later by a special counsel established that sexual, physical and emotional abuse of students by staff and peers took place at the school over many years. The government responded to the special counsel's report by acknowledging responsibility for abuse that occurred at the school and establishing an individual compensation program that awarded compensation in three tiers, with a minimum of \$3,000 and a maximum of \$60,000. The respondents commenced a class action against the appellant in 1998 seeking compensatory and punitive damages. Under s. 4 of the *Class Proceedings Act*, the court must certify a proceeding as a class proceeding if all of the following requirements are met: (a) the pleadings disclose a cause of action; (b) there is an identifiable class of two or more persons; (c) the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members;

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

c.

**Leanne Rumley, John Pratt, Sharon Rumley,
J.S. et M.M.** *Intimés*

RÉPERTORIÉ : RUMLEY c. COLOMBIE-BRITANNIQUE

Référence neutre : 2001 CSC 69.

N° du greffe : 27721.

Audition et jugement : 13 juin 2001.

Motifs déposés : 18 octobre 2001.

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

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

Pratique — Recours collectifs — Certification — Les demandeurs cherchent à représenter des élèves actuels et anciens victimes d'agressions dans un pensionnat pour sourds et aveugles administré par la province — Les demandeurs respectent-ils les conditions de certification établies dans la loi provinciale sur les recours collectifs? — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4.

Du début des années 1950 jusqu'en 1992, la Colombie-Britannique administrait un pensionnat pour enfants sourds. Jusqu'en 1979, l'école admettait aussi des enfants aveugles. L'enquête de l'ombudsman provincial et, par la suite, celle d'un conseiller juridique spécial ont établi que des membres du personnel et des élèves avaient fait subir des agressions sexuelles, des sévices et des mauvais traitements affectifs à des élèves pendant de nombreuses années dans cette école. Le gouvernement a répondu au rapport du conseiller juridique spécial en reconnaissant sa responsabilité pour les agressions qui se sont produites à l'école et en établissant un programme d'indemnisation individuelle qui prévoyait trois niveaux d'indemnisation, d'un minimum de 3 000 \$ au maximum de 60 000 \$. En 1998, les intimés ont intenté contre l'appelante un recours collectif sollicitant des dommages-intérêts compensatoires et exemplaires. En vertu de l'art. 4 de la *Class Proceedings Act*, le tribunal certifie qu'une demande est un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies : a) les actes de procédure révèlent une cause d'action; b) il existe un groupe

and (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues. The British Columbia Supreme Court denied certification. The Court of Appeal allowed the respondents' appeal and certified the claims relating to sexual abuse as common issues.

Held: The appeal should be dismissed.

The respondents have satisfied the certification requirements set out in s. 4 of the *Class Proceedings Act*. The issues in dispute are whether there are questions common to the class and whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues. Both the commonality and preferability requirements are satisfied in this case. With regard to commonality, all class members share an interest in the question of whether the appellant breached a duty of care. The issues of duty and breach are thus common to the class. That the standard of care may have varied over the relevant time period is not an obstacle to the suit's proceeding as a class action but simply means that the court may find it necessary to provide a nuanced answer to the common question. The structure of the special counsel's report, which explicitly divides the years between 1982 and 1991 into three discrete subperiods, suggests that such an approach would not be infeasible. Moreover, the *Class Proceedings Act* contemplates the possibility of subclasses, and the court may amend the certification order at any time. The appropriateness and amount of punitive damages is also, in this case, a question amenable to resolution as a common issue.

The preferability inquiry is directed at two questions: first, whether the class proceeding would be a fair, efficient and manageable method of advancing the claim, and second, whether the class proceeding would be preferable in the sense of preferable to other procedures. The first factor to be considered under s. 4(2) is "whether questions of fact or law common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members". It seems likely that there will be relevant differences between class members here; as the respondents have limited their claims to claims of "systemic" negligence, however, the central issues in this suit will be the nature of the duty owed by the school to the class members and whether that duty was breached.

identifiable de deux personnes ou plus; c) les demandes des membres du groupe soulèvent des questions communes, que ces questions communes prévalent ou non sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement; d) le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé la certification. La Cour d'appel a accueilli l'appel des intimés et a certifié que les demandes relatives aux agressions sexuelles étaient des questions communes.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les intimés ont satisfait aux conditions de certification prévues à l'art. 4 de la *Class Proceedings Act*. Il s'agit de savoir s'il y a des questions communes au groupe et si le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes. La condition des questions communes de même que celle de la meilleure procédure sont remplies en l'espèce. En ce qui concerne les questions communes, tous les membres du groupe partagent un intérêt dans la question de savoir si l'appelante a contrevenu à une obligation de diligence. Les questions liées à l'obligation et au manquement sont donc communes au groupe. Le fait que la norme de diligence puisse avoir varié au cours de la période pertinente n'empêche pas la poursuite de prendre la forme d'un recours collectif, mais signifie simplement que le tribunal peut juger nécessaire de fournir une réponse nuancée à la question commune. La structure du rapport du conseiller juridique spécial, qui divise expressément les années comprises entre 1982 et 1991 en trois sous-périodes distinctes, indique qu'une telle démarche ne serait pas impossible. En outre, la *Class Proceedings Act* envisage la possibilité de sous-groupes et le tribunal peut modifier l'ordonnance de certification en tout temps. L'octroi et le montant des dommages-intérêts exemplaires sont aussi, en l'espèce, des questions susceptibles d'être résolues en tant que questions communes.

La question de la meilleure procédure vise deux questions : premièrement, le recours collectif est-il un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance, et, deuxièmement, le recours collectif est-il préférable aux autres procédures? Le premier facteur à examiner en vertu du par. 4(2) consiste à déterminer « si les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe prévalent sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement ». Il semble probable qu'il y aura des différences entre les membres du groupe en l'espèce; toutefois, étant donné que les intimés ont restreint leurs demandes à la question de la négligence « systémique », les questions fondamentales dans la présente poursuite seront la nature de l'obligation de l'école

Those issues are amenable to resolution in a class proceeding. While the issues of injury and causation will have to be litigated in individual proceedings following resolution of the common issue (assuming the common issue is decided in favour of the class, or at least in favour of some segment of the class), the individual issues will be a relatively minor aspect of this case. There is no dispute that abuse occurred at the school. The essential question is whether the school should have prevented the abuse or responded to it differently.

Cases Cited

Referred to: *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158, 2001 SCC 68; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46; *Anderson v. Wilson* (1999), 44 O.R. (3d) 673; *Chace v. Crane Canada Inc.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 339; *Endean v. Canadian Red Cross Society* (1997), 148 D.L.R. (4th) 158.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 4, 6(1), 7, 8(3), 10(1).
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5.
School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 72 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. R. (L.) v. British Columbia*), 180 D.L.R. (4th) 639, 48 C.C.L.T. (2d) 1, 38 C.P.C. (4th) 1, 131 B.C.A.C. 68, 214 W.A.C. 68, [1999] B.C.J. No. 2633 (QL), 1999 BCCA 689, reversing in part a decision of Kirkpatrick J. (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 382, 25 C.P.C. (4th) 186, [1998] B.C.J. No. 2588 (QL), refusing to certify certain proceedings as a class action. Appeal dismissed.

James M. Sullivan, D. Clifton Prowse and Suzanne M. Kennedy, for the appellant.

Patrick G. Guy and Anne Sheane, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

¹ THE CHIEF JUSTICE — Like *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158, 2001 SCC 68, this case

à l'égard des membres du groupe et la violation alléguée de cette obligation. Ces questions sont susceptibles de résolution dans un recours collectif. Même si les questions du préjudice et du lien de causalité devront être jugées dans le cadre d'instances individuelles à la suite de la résolution de la question commune (à supposer que la question commune soit tranchée en faveur du groupe ou, du moins, en faveur d'une partie du groupe), les questions individuelles demeureront un aspect relativement mineur de la présente affaire. Il n'est pas contesté que des agressions se sont produites à l'école. La question essentielle est de savoir si l'école aurait dû prévenir les agressions ou y répondre différemment.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158, 2001 CSC 68; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46; *Anderson c. Wilson* (1999), 44 O.R. (3d) 673; *Chace c. Crane Canada Inc.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 339; *Endean c. Canadian Red Cross Society* (1997), 148 D.L.R. (4th) 158.

Lois et règlements cités

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4, 6(1), 7, 8(3), 10(1).
Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5.
School Act, R.S.B.C. 1996, ch. 412.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1999), 72 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. R. (L.) c. British Columbia*), 180 D.L.R. (4th) 639, 48 C.C.L.T. (2d) 1, 38 C.P.C. (4th) 1, 131 B.C.A.C. 68, 214 W.A.C. 68, [1999] B.C.J. No. 2633 (QL), 1999 BCCA 689, qui a infirmé en partie la décision du juge Kirkpatrick (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 382, 25 C.P.C. (4th) 186, [1998] B.C.J. No. 2588 (QL), qui avait refusé de certifier un recours collectif. Pourvoi rejeté.

James M. Sullivan, D. Clifton Prowse et Suzanne M. Kennedy, pour l'appelante.

Patrick G. Guy et Anne Sheane, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Comme dans *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158, 2001 CSC 68,

raises the question of whether the plaintiffs below (respondents here) meet the certification requirements set out in provincial class action legislation. In this case the respondents seek to represent current and former students who were abused at the Jericho Hill School, a residential school for the deaf and blind operated by the province of British Columbia. At the end of the hearing, the Court concluded that the respondents had satisfied the certification requirements set out in s. 4 of the British Columbia *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, and dismissed the appeal, reasons to follow. These are those reasons.

I. Facts

From the early 1950s until 1992, Jericho Hill School (“JHS”) operated as a residential school for deaf children. Until 1979, the school also enrolled blind children. Whereas most schools in British Columbia are managed by district school boards, JHS was a “provincial school” under British Columbia’s governing legislation, currently the *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, and was operated and maintained by British Columbia’s Ministry of Education. It is now clear that sexual and physical abuse of children took place at the school throughout its history. The first thorough investigation of abuse at the school was conducted by the British Columbia Ombudsman in 1992. His report, issued in 1993, concluded that sexual, physical and emotional abuse of students by staff and peers occurred over a period of many years. In response to the Ombudsman’s report and to lawsuits initiated against the province after the report was issued, the Attorney General appointed Thomas Berger, Q.C., as special counsel. Berger’s report was issued in March 1995. The Berger report concluded that “sexual abuse was at times widespread at the residence at Jericho Hill School, and . . . it went on over a period of many years” (p. 14).

The findings of the Berger report are disturbing, to say the least. Berger interviewed 35 students who were at JHS in the 1950s, 1960s, 1970s, and 1980s.

nous devons déterminer si les demandeurs dans les instances antérieures (intimés devant notre Cour) respectent les conditions de certification établies dans une loi provinciale sur les recours collectifs. Les intimés cherchent à représenter des élèves actuels et anciens qui ont été victimes d’agressions à l’école Jericho Hill, un pensionnat pour sourds et aveugles administré par la province de la Colombie-Britannique. À la fin de l’audience, notre Cour a conclu que les intimés avaient satisfait aux conditions de certification prévues à l’art. 4 de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, et a rejeté le pourvoi, les motifs devant suivre. Voici ces motifs.

I. Les faits

Du début des années 1950 jusqu’en 1992, l’école Jericho Hill (« JHS ») était un pensionnat pour enfants sourds. Jusqu’en 1979, l’école admettait aussi des enfants aveugles. Alors que la plupart des écoles en Colombie-Britannique sont gérées par des conseils scolaires, JHS était une école « provinciale » en vertu de la loi en vigueur, aujourd’hui la *School Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 412, administrée par le ministère de l’Éducation de la Colombie-Britannique. Il est maintenant clair qu’au cours de toute son histoire ont été commises dans cette école des agressions sexuelles et physiques contre des enfants. C’est l’ombudsman de la Colombie-Britannique qui mène la première enquête complète en 1992 sur les agressions. Déposé en 1993, son rapport conclut que des membres du personnel et des élèves ont fait subir des agressions sexuelles, des sévices et des mauvais traitements affectifs à des élèves pendant de nombreuses années. En réponse au rapport de l’ombudsman et aux poursuites intentées contre la province après le dépôt du rapport, le procureur général nommé Thomas Berger, c.r., conseiller juridique spécial. Le rapport Berger, déposé en mars 1995, conclut : [TRADUCTION] « l’agression sexuelle était à certaines époques largement répandue au pensionnat de Jericho Hill et [. . .] cette situation a duré de nombreuses années » (p. 14).

Les conclusions du rapport Berger sont pour le moins troublantes. Berger a interrogé 35 élèves qui ont fréquenté JHS dans les années 1950, 1960, 1970

He found that “[m]any of these persons allege[d] that they were sexually abused or witnessed sexual abuse by staff or other students” (p. 13). Berger focussed principally on abuse that took place after 1980. According to the Berger report, two male students complained separately about abuse at the school in the early 1980s. The first complained that he had been sexually abused by a female child care counsellor and that students at the school were encouraged and even forced to have sex with one another; the second alleged that two male child care counsellors had abused him. After the second complaint, a social worker with the Ministry of Human Resources conducted interviews with a number of boys resident at the school. Some of the boys admitted having abused girls at the school, some as young as seven years old. The boys also alleged that they had been abused by two male child care counsellors.

4

According to the Berger report, there is compelling evidence that abuse was rampant throughout the 1980s. Some of the abuse took place at the residence associated with the school, but there were also indications of abuse in a group home run by a psychologist hired by JHS in 1983. In 1984 one student at the group home stabbed another to death. At the subsequent trial, the judge expressed concern about the adequacy of supervision in the group home, stating that the accused “was receiving what I can only characterize as the most inappropriate form of care and guidance in that foster home”. In 1986 one of the male students at JHS who had resided in the group home committed suicide after sexually abusing his niece at home.

5

The Berger report speaks separately about the period between 1987 and 1990. In January 1987 the student who had brought the first complaint in the early 1980s attempted suicide after abusing his younger siblings. After his suicide attempt, the student repeated his allegation of abuse at the hands of a female counsellor. He also admitted that he and

et 1980. Il conclut que [TRADUCTION] « nombre d’entre eux ont allégué avoir été agressés sexuellement ou avoir été témoins d’agressions sexuelles de la part de membres du personnel ou d’autres élèves » (p. 13). Berger met principalement l’accent sur les agressions survenues après 1980. D’après son rapport, deux garçons ont fait des plaintes distinctes relativement à des agressions qui se seraient produites à l’école au début des années 1980. Le premier se plaint d’avoir été agressé sexuellement par une conseillère en éducation et du fait que les élèves étaient incités, et même forcés, à avoir des relations sexuelles les uns avec les autres; le second allègue que deux conseillers en éducation l’ont agressé. À la suite de la deuxième plainte, un travailleur social du ministère des Ressources humaines mène des entrevues avec plusieurs garçons qui étaient pensionnaires à l’école. Certains d’entre eux admettent avoir agressé des fillettes à l’école, dont certaines n’avaient que sept ans. Les garçons soutiennent aussi avoir été agressés par deux conseillers en éducation.

Selon le rapport Berger, des éléments de preuve convaincants indiquent que les agressions étaient largement répandues au cours des années 1980. Certaines agressions se sont produites au pensionnat de l’école, mais selon certaines indications, des agressions auraient également été commises dans un foyer de groupe que dirigeait un psychologue embauché par JHS en 1983. En 1984, un élève au foyer de groupe en poignarde un autre à mort. Au procès qui s’ensuit, le juge exprime des réserves quant à la qualité de la surveillance dans le foyer de groupe, affirmant que l’accusé [TRADUCTION] « a reçu ce que je dois qualifier de la forme la plus inappropriée d’attention et d’encadrement dans ce foyer d’accueil ». En 1986, un élève de JHS qui avait résidé dans le foyer de groupe se suicide après avoir agressé sexuellement sa nièce chez lui.

Le rapport Berger traite séparément de la période allant de 1987 à 1990. En janvier 1987, le garçon qui avait déposé la première plainte au début des années 1980 tente de se suicider après avoir agressé ses frères et sœurs cadets. Après sa tentative de suicide, l’élève réitère son allégation qu’une conseillère l’a agressé. Il admet également que d’autres

other boys had abused elementary-age girls at the school. Around the same time, another male student was arrested for molesting a young boy. He stated that he himself had been abused by a child care worker at JHS and stated that he had engaged in sexual activity with boys and girls at the residence. He listed ten female students whom he had sexually abused and named three other boys who he said had abused female students. After these new allegations, the Ministries of Education and Social Services conducted an investigation, interviewing some 35 students beginning in early 1987. The students interviewed provided names of other children who they said had been forced to have sex or had forced others to have sex. One member of the investigative team, in reviewing the findings, identified “a pervasive culture at the residence that required students to submit to a sexual rite of passage if they were to successfully cohabit with their peers”.

The Berger report did not go into detail about individual cases; its principal goal was to determine the prevalence of abuse at the school, not to determine whether any particular resident had been abused. The report stated (at p. 14):

I make no findings here regarding individual cases. I am instead confining myself to stating my finding, applying generally to the state of affairs at Jericho Hill School, that from the 1950s, extending over about a 35-year period, there was sexual abuse by some child care staff, sexual abuse by some older children against younger children, and that some of these younger children (once they became senior students) sexually abused new entrants.

The case histories can be shocking. There is no need to go into them in detail. But they do indicate that sexual abuse at the school may not entirely have come to an end even in 1987. One former student states that she was assaulted by a female child care worker from 1981 to 1990. Another former student states she was sexually assaulted many times, from 1980 to 1991. It remains to be seen whether these particular allegations will be made out, but they do indicate that the possibility of incidents of sexual abuse even after 1987 cannot be dismissed.

garçons et lui-même ont agressé des fillettes du cours primaire à l'école. Vers la même époque, un autre élève est arrêté pour avoir agressé un jeune garçon. Il affirme qu'il a lui-même été agressé par un éducateur spécialisé à JHS et qu'il a eu des relations sexuelles avec des garçons et des filles au pensionnat. Il donne les noms de dix filles qu'il a agressées sexuellement et nomme trois autres garçons qui auraient agressé des filles. Après ces nouvelles allégations, le ministère de l'Éducation et le ministère des Services sociaux mènent une enquête, dans le cadre de laquelle ils interrogent environ 35 élèves à partir du début de 1987. Les élèves interrogés fournissent les noms d'autres enfants qui, selon eux, ont été forcés d'avoir des relations sexuelles ou qui ont forcé d'autres enfants à en avoir. En examinant les conclusions, l'un des membres de l'équipe d'enquête signale qu'il y avait [TRADUCTION] « une culture ambiante au pensionnat qui exigeait des élèves qu'ils se soumettent à un rite de passage sexuel pour être acceptés par leurs pairs ».

Le rapport Berger ne traite pas en détail de cas individuels; il vise avant tout à déterminer la fréquence des agressions à l'école, et non à déterminer si un pensionnaire donné a été agressé. Voici ce qu'on y lit (à la p. 14) :

[TRADUCTION] Je ne tire aucune conclusion ici en ce qui concerne les cas individuels. Je me contente plutôt d'exprimer ma conclusion, qui décrit de façon générale l'état des choses à l'école Jericho Hill, selon laquelle à partir des années 50, et pendant une période d'environ 35 ans, des agressions sexuelles ont été commises par certains membres du personnel et par certains enfants plus âgés contre des enfants plus jeunes, et que certains de ces derniers (après être devenus des élèves plus anciens) ont agressé sexuellement des nouveaux arrivants.

L'historique de chaque cas peut être choquant. Il n'y a pas lieu d'exposer ces cas en détail. Mais ils indiquent que, même en 1987, les agressions sexuelles n'avaient peut-être pas entièrement cessé à l'école. Une ancienne élève prétend avoir été agressée par une enseignante spécialisée de 1981 à 1990. Une autre ancienne élève soutient avoir été agressée sexuellement à de nombreuses reprises de 1980 à 1991. Il reste à voir si ces allégations particulières seront prouvées, mais elles indiquent qu'on ne peut écarter la possibilité que des agressions sexuelles aient été commises même après 1987.

In this report I do not go into detail about individual cases. . . . I am not . . . engaged in determining the impact of abuse in any individual case, but rather setting out the whole picture.

Dans ce rapport, je n'aborde pas en détail les cas individuels [. . .] Je ne cherche pas [. . .] à déterminer l'effet des agressions dans un cas individuel quelconque; j'essaie plutôt de brosser le tableau général de la situation.

7 The Berger report found that JHS's response to allegations of abuse was often inadequate, noting, for example, that "[e]xcept in a few cases, Jericho Hill School failed to report the disclosures to the parents of the boys or the girls, failed to identify the student offenders and to remove them from the school, and failed to ensure that the students who had been abused received appropriate therapy" (p. 9). The report found that "[a]lthough it had responsibility for the management of the school, the Ministry of Education had no policies and procedures laid down for running a residence for deaf children" (p. 15). It also noted that in 1978, all students — boys and girls of all ages — were placed together in a single dormitory and observed that "[i]t is certainly arguable that these arrangements were not in keeping with reasonable standards of care at the time" (p. 16).

Le rapport Berger conclut que la réponse de JHS aux allégations d'agression a souvent été inadéquate et souligne, par exemple, que [TRADUCTION] « [s]auf dans quelques cas, l'école Jericho Hill n'a pas rapporté les révélations aux parents des garçons ou des filles, n'a pas identifié les élèves qui avaient commis les agressions ni ne les a renvoyés de l'école et n'a pas veillé à ce que les victimes d'agression reçoivent une thérapie convenable » (p. 9). Il conclut que [TRADUCTION] « [m]ême s'il était responsable de la gestion de l'école, le ministère de l'Éducation n'avait établi ni politique ni procédure quant à la direction d'un pensionnat pour enfants sourds » (p. 15). Le rapport souligne également qu'en 1978, les élèves — garçons et filles de tous âges — étaient tous logés dans le même dortoir, et fait remarquer [TRADUCTION] « qu'on peut certainement penser que ces dispositions n'étaient pas conformes aux normes de diligence raisonnables à l'époque » (p. 16).

8 The Berger report also emphasized the exceptional vulnerability of the children at the school. The report stated (at p. 7):

[T]he vulnerability of the children at Jericho Hill School was the product of their failure to acquire language early; this meant that they did not have values instilled in them in the same way as hearing children do; it often meant increased vulnerability to any staff at the school who may have been disposed to abuse the children; it meant that the institution was more susceptible to the development of a culture of abuse; and it meant that the children usually did not have the ability or the means to communicate with or complain effectively to parents, teachers, physicians, police or social workers about sexual abuse.

Le rapport Berger met aussi l'accent sur la vulnérabilité exceptionnelle des enfants à l'école (à la p. 7) :

[TRADUCTION] [L]a vulnérabilité des enfants à l'école Jericho Hill était due au fait qu'ils n'avaient pas pu acquérir tôt la connaissance du langage; cela signifiait qu'on n'avait pas pu leur inculquer des valeurs comme aux enfants ne souffrant pas de surdité; cela voulait souvent dire qu'ils étaient plus vulnérables face aux membres du personnel de l'école enclins à agresser les enfants; cela signifiait que l'établissement était plus susceptible de voir se développer une culture propice aux agressions; et cela voulait dire que les enfants n'avaient habituellement pas la capacité ou les moyens de faire part des agressions sexuelles aux parents, aux professeurs, aux médecins, à la police ou aux travailleurs sociaux ni de s'en plaindre efficacement auprès de ces derniers.

9 The recommendations of the Berger report were that the province accept responsibility for the abuse that occurred at JHS; that the province establish a scheme to compensate those who had suffered abuse at the school; and that the compensation scheme should award compensation, for those

Le rapport Berger recommande que la province accepte la responsabilité des agressions survenues à JHS, qu'elle établisse un régime d'indemnisation des victimes d'agression à l'école et que ce régime établisse trois niveaux d'indemnisation pour ceux dont la demande est acceptée,

claims accepted, in three tiers, with a minimum of \$3,000 and a maximum of \$60,000.

The government responded to the Berger report by acknowledging responsibility for abuse that occurred at JHS. In a ministerial statement made in June 1995, the Attorney General acknowledged the allegations of sexual abuse at the school, acknowledged that “[t]he province was responsible for the care and well-being of these people when they were children”, and stated that “[t]o the extent that the province failed them, [it] must see that they are now compensated”. The province also established the Jericho Individual Compensation Program (JICP), which is structured according to the recommendations of the Berger report. The program is open to students and former students who allege abuse as a result of attending or having attended the school, and provides for awards according to the three-tier system. As of March 31, 1998, the JICP had heard 49 claims.

The respondents commenced this action in January 1998. The suit seeks compensatory and punitive damages on behalf of a class consisting of:

- all current and former JHS students who have suffered abuse or who failed to receive a proper education while students of the school;
- all family members of current or former JHS students who suffered damage as a result of the abuse of a JHS student;
- all family members or others who were themselves abused by current or former JHS students as a result of the prior abuse of the JHS student.

The respondents asserted that the following issues are common to the class:

- whether the defendant breached the standard of care it owed to the plaintiffs between 1950 and 1992;

l’indemnité minimale étant de 3 000 \$ et l’indemnité maximale de 60 000 \$.

Le gouvernement répond au rapport Berger en reconnaissant sa responsabilité pour les agressions qui se sont produites à JHS. Dans une déclaration ministérielle, en juin 1995, le procureur général admet la véracité des allégations d’agressions sexuelles à l’école, reconnaît que [TRADUCTION] « [l]a province était responsable de l’éducation et du bien-être de ces personnes lorsqu’elles étaient des enfants » et affirme que, « [d]ans la mesure où la province ne s’est pas acquittée de ses responsabilités à leur égard, elle doit maintenant veiller à ce qu’elles soient indemnisées ». La province crée aussi le Jericho Individual Compensation Program (JICP), structuré selon les recommandations du rapport Berger. Ce programme d’indemnisation est destiné aux élèves actuels et anciens qui soutiennent avoir été agressés lorsqu’ils fréquentaient l’école, et il prévoit des indemnités suivant le régime à trois niveaux. Au 31 mars 1998, 49 demandes avaient été soumises au JICP.

Les intimés intentent la présente action en janvier 1998, sollicitant des dommages-intérêts compensatoires et exemplaires au nom d’un groupe composé de :

- tous les élèves actuels et anciens de JHS qui ont été victimes d’agression ou qui n’ont pas reçu une éducation convenable lorsqu’ils fréquentaient l’école;
- tous les membres des familles des élèves actuels ou anciens de JHS qui ont subi un préjudice en raison de l’agression commise contre un élève de JHS;
- tous les membres des familles des élèves actuels ou anciens de JHS et les tiers qui ont été agressés par ces élèves parce que ceux-ci avaient eux-mêmes été victimes d’agression.

Les intimés affirment que les questions suivantes sont communes au groupe :

- La défenderesse a-t-elle contrevenu à la norme de diligence qu’elle devait respecter à l’égard des demandeurs entre 1950 et 1992?

10

11

- whether the defendant made negligent, reckless and/or fraudulent misrepresentations regarding the school;
- whether the defendant's conduct justified an award of punitive damages and, if so, what amount of punitive damages is appropriate.

(Initially the respondents also asserted that vicarious liability constituted a common issue, but the respondents abandoned their vicarious liability argument early in the proceedings.)

12 The only issue on this appeal is whether the respondents have satisfied the class certification requirements set out in s. 4 of British Columbia's *Class Proceedings Act*.

II. Judgments

13 In the Supreme Court of British Columbia, Kirkpatrick J. denied certification: (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 382. First addressing s. 4(1)(a), Kirkpatrick J. found that the statement of claim did not disclose a cause of action based on misrepresentation, emotional harm and mental suffering, breach of fiduciary duty owed to parents or other third parties, or educational malpractice. She found, however, that the statement of claim did disclose causes of action based on the claims of abuse of students, the claims of "secondary" abuse committed by students against other students or third parties, and breach of fiduciary duty owed to the students. Kirkpatrick J. also found that respondents had stated an identifiable class, as required by s. 4(1)(b).

14 Kirkpatrick J. rejected the contention, however, that there were issues common to the class as required by s. 4(1)(c). She addressed each of the asserted common issues in turn. As to the negligence issues, she reasoned that the standard of care owed by the defendant would not have been constant over the 42-year period identified in the statement of claim and, while this problem could be partially addressed by subdividing the 42-year period and determining the standard of care for

- La défenderesse a-t-elle fait des déclarations inexactes de façon négligente, insouciance et/ou frauduleuse relativement à l'école?
- La conduite de la défenderesse justifie-t-elle l'octroi de dommages-intérêts exemplaires et, dans l'affirmative, de quel montant?

(Au début, les intimés disaient aussi que la responsabilité du fait d'autrui était une question commune mais ont renoncé, tôt dans l'instance, à cet argument.)

La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si les intimés satisfont aux conditions de certification prescrites par l'art. 4 de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique.

II. Les jugements

En Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge Kirkpatrick refuse la certification : (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 382. Abordant en premier lieu l'al. 4(1)a), elle conclut que la déclaration ne révèle pas de cause d'action fondée sur des déclarations inexactes, un préjudice émotionnel et des souffrances morales, la violation d'une obligation de fiduciaire envers les parents ou les tiers, ou la faute professionnelle en éducation. Elle estime toutefois que la déclaration révèle des causes d'action fondées sur les allégations d'agression faites par les élèves, les allégations d'agressions « secondaires » commises par des élèves contre d'autres élèves ou contre des tiers ainsi que la violation de l'obligation de fiduciaire à l'égard des élèves. Le juge Kirkpatrick conclut également que les intimés ont indiqué un groupe identifiable, comme l'exige l'al. 4(1)b).

Le juge Kirkpatrick rejette cependant l'argument selon lequel il y a des questions communes au groupe conformément à l'al. 4(1)c). Elle examine chaque question commune alléguée. Pour les questions de négligence, elle suit le raisonnement selon lequel la norme de diligence que devait respecter la défenderesse n'était pas toujours la même au cours de la période de 42 ans indiquée dans la déclaration et que, même s'il est possible de régler en partie ce problème en divisant cette période et en

each subdivision, “[s]uch an approach would not resolve the anticipated problems of individuals who spanned one or more periods, or whose own individual circumstances changed along with the standard of care during the times in question” (p. 402). Further, variations in the standard of care would “not necessarily relate only to when the claim is alleged to have arisen, but will likely depend also on who advances the claim, who is alleged to have perpetrated the wrong, and, perhaps, the nature of the abuse alleged” (p. 403).

Kirkpatrick J. rejected the misrepresentation issues as common to the class for similar reasons, writing that these issues were “individualistic in the sense that each plaintiff must demonstrate that [he or she] relied upon the defendant’s alleged misrepresentation such that the representation had a real and substantial effect on the individual plaintiff’s decision to enrol and continue to enrol the student at the school” (p. 404).

Finally, Kirkpatrick J. rejected the punitive damages issue as common to the class, reasoning that assessing punitive damages would require an individualized showing on the part of each plaintiff and noting that “the conduct of the defendant in relation to individual plaintiffs may aggravate or mitigate the assessment of punitive damages, which would fail to be considered in the determination of entitlement to punitive damages as a common issue” (p. 406). Kirkpatrick J. noted that even if punitive damages were certified as a common issue, the amount of punitive damages could not be a common issue because traditionally “[p]unitive damages are . . . only awarded if compensatory damages are insufficient to deter or punish the defendant” (p. 406). The amount of punitive damages, therefore, could not be assessed until individual proceedings were completed.

déterminant la norme de diligence applicable à chaque division, [TRADUCTION] « [u]ne telle méthode ne résoudrait pas les problèmes à prévoir dans le cas de personnes touchées par plus d’une période ou dont la situation a changé en même temps que la norme de diligence pendant les périodes en question » (p. 402). En outre, les variations de la norme de diligence n’ont [TRADUCTION] « pas nécessairement trait uniquement au moment où la demande aurait pris naissance, mais dépendent vraisemblablement de l’auteur de cette demande, de l’identité de la personne qui aurait commis le tort et, peut-être, de la nature de l’agression alléguée » (p. 403).

Le juge Kirkpatrick estime pour les mêmes motifs que les questions portant sur les déclarations inexactes ne sont pas communes au groupe, car elles sont [TRADUCTION] « de nature individuelle en ce sens que chaque demandeur doit démontrer qu’il s’est fondé sur les déclarations inexactes qu’aurait faites la défenderesse et que ces déclarations ont eu un effet réel et important sur la décision d’inscrire et de continuer d’inscrire à l’école » (p. 404).

Enfin, le juge Kirkpatrick écarte comme question commune la question des dommages-intérêts exemplaires pour la raison que leur évaluation exigerait la présentation d’une preuve individuelle de la part de chaque demandeur et que [TRADUCTION] « la conduite de la défenderesse à l’égard de chaque demandeur pourrait aggraver ou mitiger l’évaluation des dommages-intérêts exemplaires mais ne serait pas examinée si on déterminait le droit à ces dommages-intérêts en tant que question commune » (p. 406). Le juge Kirkpatrick fait remarquer que même si le tribunal certifiait que les dommages-intérêts exemplaires constituent une question commune, on ne peut pas en dire autant de leur montant parce que traditionnellement on n’accorde [TRADUCTION] « des dommages-intérêts exemplaires que si les dommages-intérêts compensatoires ne suffisent pas pour dissuader ou punir le défendeur » (p. 406). On ne peut donc pas évaluer le montant des dommages-intérêts exemplaires avant la fin des instances individuelles.

15

16

17

Kirkpatrick J. determined that there were no common issues as required by s. 4(1)(c) and, as there were no common issues, a class action could not be “the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues”, as required by s. 4(1)(d). She conceded, however, that the JICP is not an adequate alternative to judicial resolution of the dispute. She noted that the JICP limits awards to \$60,000, does not compensate family members, and does not provide compensation for loss of income, opportunity, or future care. Further, the JICP prohibits applicants from being represented by counsel before the compensation panel. In Kirkpatrick J.’s view, however, the absence of common issues meant that individual litigation was nonetheless preferable to a class proceeding.

18

The Court of Appeal for British Columbia, *per* Mackenzie J.A., allowed the appeal, disagreeing with the chambers judge with respect to commonality and preferability: (1999), 72 B.C.L.R. (3d) 1. In Mackenzie J.A.’s view, the chambers judge had erred in failing to recognize the “limited grounds” on which the respondents sought certification. While he conceded that there were relevant differences amongst the class members, Mackenzie J.A. reasoned that the “duty of the school to reasonably protect its students from sexual abuse is clear and immutable throughout the period that the school was in operation” (p. 8). He wrote (at pp. 8-9):

It is true that the claims of class members may span a period of 42 years and that standards of operation and management of the school may have changed several times over that lengthy period. Nevertheless, . . . the duty of the school to reasonably protect its students from sexual abuse is clear and immutable throughout the period that the school was in operation. . . .

Claimants will not have to prove that the abuse was caused by a particular staff member or other student in

Selon le juge Kirkpatrick, il n’y a aucune question commune, contrairement à ce qu’exige l’al. 4(1)c), de sorte que le recours collectif ne peut pas être [TRADUCTION] « la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes », comme le prévoit l’al. 4(1)d). Elle admet cependant que le JICP ne constitue pas une solution de rechange adéquate au règlement judiciaire du litige. Elle note que le JICP limite les indemnités à 60 000 \$, qu’il n’indemnise pas les membres des familles et qu’il ne prévoit aucune indemnisation pour la perte de revenus et de possibilités ni pour les soins à venir. De plus, le JICP interdit aux demandeurs de se faire représenter par un avocat devant le comité d’indemnisation. Selon le juge Kirkpatrick, toutefois, l’absence de questions communes signifie que les litiges individuels sont malgré tout préférables au recours collectif.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique, par la voix du juge Mackenzie, accueille l’appel en exprimant son désaccord avec le juge en chambre quant à l’existence de questions communes et la meilleure procédure : (1999), 72 B.C.L.R. (3d) 1. Le juge Mackenzie pense que le juge en chambre a commis une erreur en ne reconnaissant pas les [TRADUCTION] « questions restreintes » pour lesquelles les intimés demandaient la certification. Il admet qu’il existe des différences pertinentes entre les membres du groupe, mais estime que « l’obligation de l’école de prendre des mesures raisonnables pour protéger ses élèves contre les agressions sexuelles est claire et immuable pendant toute la période de fonctionnement de l’école » (p. 8). Il dit (aux p. 8-9) :

[TRADUCTION] Il est vrai que les demandes des membres du groupe peuvent couvrir une période de 42 ans et que les normes de fonctionnement et de gestion de l’école peuvent avoir changé plusieurs fois au cours de cette longue période. Néanmoins, [. . .] l’obligation de l’école de prendre des mesures raisonnables pour protéger ses élèves contre les agressions sexuelles est claire et immuable pendant toute la période de fonctionnement de l’école . . .

Les demandeurs n’auront pas à prouver que les agressions ont été commises par un membre du personnel ou

the absence of a claim for vicarious liability. In essence the claims will be based on systemic negligence, the failure to have in place management and operations procedures that would reasonably have prevented the abuse.

Mackenzie J.A. concluded that the standard-of-care issue — an aspect of both the negligence claim and the fiduciary duty claim — was common to all those who alleged that they had been sexually abused at JHS. He also found that the preferability requirement had been satisfied, holding that the JICP was an inadequate alternative.

The issue of punitive damages was also common to all those who alleged that they had themselves been abused at JHS, Mackenzie J.A. concluded. “Any award for punitive damages,” he wrote, “should reflect the overall culpability of the defendant. It does not have to be linked to the harm caused to any particular claimant and does not require individualized assessment.” He continued: “[a] global award can be assessed for the successful class members as a group, and allocated among them as the trial judge considers appropriate” (p. 17).

Mackenzie J.A. rejected, however, the other common issues asserted by the respondents. He rejected abuse claims of a non-sexual nature, finding that non-sexual abuse was not a central concern of the pleadings and that there was some uncertainty as to whether non-sexual abuse falls within the definition of assault. He also rejected “secondary” abuse claims — that is, abuse by a JHS student who had himself or herself been abused at the school. On this issue he agreed with the chambers judge that questions of duty, foreseeability, and proximity rendered secondary-abuse claims prohibitively complicated and individualized. Mackenzie J.A. also rejected the educational malpractice claims, finding no precedent suggesting that such claims could be prosecuted successfully and stating that “any attempt to litigate these issues in the same class proceedings as the sexual abuse claims would complicate the proceedings immensely” (p. 15). Finally

un élève en particulier puisqu’il n’y a pas de demande fondée sur la responsabilité du fait d’autrui. Les demandes reposeront essentiellement sur la négligence systémique, soit l’absence de procédures de gestion et de fonctionnement qui auraient vraisemblablement empêché les agressions.

Le juge Mackenzie conclut que la question de la norme de diligence — un aspect des demandes fondées sur la négligence et sur l’obligation de fiduciaire — est commune à tous ceux qui allèguent avoir été agressés sexuellement à JHS. Il conclut également que la condition de la meilleure procédure est remplie, estimant que le JICP est une solution de rechange inadéquate.

Selon lui, la question des dommages-intérêts exemplaires est également commune à tous ceux qui allèguent avoir eux-mêmes été agressés à JHS : [TRADUCTION] « L’octroi de dommages-intérêts exemplaires est fonction de la culpabilité globale de la défenderesse. Il n’a pas à être lié au préjudice causé à un demandeur précis et ne requiert aucune évaluation individuelle », et qu’« une indemnité globale peut être évaluée pour les membres qui ont gain de cause, en tant que groupe, et répartie entre eux de la manière que le juge de première instance estime appropriée » (p. 17).

Le juge Mackenzie rejette toutefois les autres questions communes invoquées par les intimés. Il rejette les demandes fondées sur des sévices d’ordre non sexuel, concluant que ce type d’agression ne fait pas directement l’objet des actes de procédure et qu’il n’est pas certain qu’il est visé par la définition d’agression. Il rejette également les demandes fondées sur les agressions « secondaires », soit les agressions commises par un élève de JHS qui avait lui-même été agressé à l’école. Sur cette question, il partage l’opinion du juge en chambre selon laquelle les questions d’obligation, de prévisibilité et de causalité rendent les demandes fondées sur les agressions secondaires trop compliquées et individualisées. Le juge Mackenzie rejette aussi les demandes fondées sur les fautes professionnelles en éducation, concluant à l’absence de précédent indiquant qu’elles peuvent aboutir et affirmant que [TRADUCTION] « toute tentative de trancher ces questions dans le cadre du recours

19

20

he rejected claims for family members' emotional harm and suffering — claims that relied in part on an allegation of negligent misrepresentation, reasoning that the claims were “amorphous” and in any event “[i]ssues of reliance and causation linking representations to the harm alleged will undoubtedly vary from claimant to claimant” (p. 16).

collectif concernant les agressions sexuelles compliquerait l'instance énormément » (p. 15). Enfin, il rejette les demandes liées au préjudice et aux souffrances morales des membres des familles, demandes fondées en partie sur l'allégation de négligence tenant à des déclarations inexactes, en expliquant que les demandes étaient [TRADUCTION] « inconsistantes » et que, de toute manière, [TRADUCTION] « [l]es questions de confiance et de causalité liant les déclarations au préjudice allégué varieront sans aucun doute d'un demandeur à l'autre » (p. 16).

21 Ultimately Mackenzie J.A. defined the class as follows (at p. 18):

Students at the Jericho Hill School between 1950 and 1992 who reside in British Columbia and claim to have suffered injury, loss or damage as a result of misconduct of a sexual nature occurring at the school.

En fin de compte, le juge Mackenzie définit le groupe de la façon suivante (à la p. 18) :

[TRADUCTION] Les personnes qui ont fréquenté l'école Jericho Hill entre 1950 et 1992, qui résident en Colombie-Britannique et qui prétendent avoir subi un préjudice, une perte ou un dommage en raison d'une faute de nature sexuelle commise à l'école.

He certified the following questions as common issues (at p. 18):

Il certifie que les questions suivantes sont des questions communes (à la p. 18) :

[TRADUCTION]

1. Was the defendant negligent or in breach of fiduciary duty in failing to take reasonable measures in the operation or management of the school to protect students from misconduct of a sexual nature by employees, agents or other students at the school?
2. If the answer to common issue no. 1 is “yes”, was the defendant guilty of conduct that justifies an award of punitive damages?
3. If the answer to common issue no. 2 is “yes”, what amount of punitive damages is awarded?

1. La défenderesse a-t-elle été négligente ou a-t-elle contrevenu à son obligation de fiduciaire en ne prenant pas des mesures raisonnables dans le fonctionnement ou la gestion de l'école pour protéger les élèves contre des fautes de nature sexuelle de la part d'employés, de mandataires ou d'autres élèves?
2. Si la réponse à la question commune n^o 1 est « oui », la défenderesse est-elle coupable d'une conduite justifiant des dommages-intérêts exemplaires?
3. Si la réponse à la question commune n^o 2 est « oui », quel montant convient-il d'accorder à titre de dommages-intérêts exemplaires?

22 The appellant now challenges Mackenzie J.A.'s decision, contending that he erred in certifying even the narrower class.

L'appelante conteste maintenant la décision du juge Mackenzie au motif qu'il a commis une erreur en certifiant même le groupe plus restreint.

III. Legislation

III. Les dispositions législatives

23 *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50

[TRADUCTION]

- 4 (1) The court must certify a proceeding as a class proceeding on an application under section 2 or 3 if all of the following requirements are met:

- 4 (1) Le tribunal saisi d'une demande visée à l'article 2 ou 3 certifie qu'il s'agit d'un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

- | | |
|--|---|
| <p>(a) the pleadings disclose a cause of action;</p> <p>(b) there is an identifiable class of 2 or more persons;</p> <p>(c) the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members;</p> <p>(d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues;</p> | <p>a) les actes de procédure révèlent une cause d'action;</p> <p>b) il existe un groupe identifiable de 2 personnes ou plus;</p> <p>c) les demandes des membres du groupe soulèvent des questions communes, que ces questions communes prévalent ou non sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement;</p> <p>d) le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes;</p> |
| | |
| <p>(2) In determining whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues, the court must consider all relevant matters including the following:</p> <p>(a) whether questions of fact or law common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members;</p> <p>(b) whether a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions;</p> <p>(c) whether the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceedings;</p> <p>(d) whether other means of resolving the claims are less practical or less efficient;</p> <p>(e) whether the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.</p> | <p>(2) Pour déterminer si le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes, le tribunal doit examiner toutes les questions pertinentes, notamment les questions suivantes :</p> <p>a) si les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe prévalent sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement;</p> <p>b) si un nombre important de membres du groupe ont valablement intérêt à mener individuellement la poursuite d'une action distincte;</p> <p>c) si le recours collectif comporte des demandes faisant ou ayant fait l'objet d'autres instances;</p> <p>d) si les autres moyens de résoudre les demandes sont moins pratiques ou moins efficaces;</p> <p>e) si l'administration du recours collectif créerait des difficultés plus grandes que celles qui surviendraient vraisemblablement dans le cas où la réparation est sollicitée par d'autres moyens.</p> |
| <p>7 The court must not refuse to certify a proceeding as a class proceeding merely because of one or more of the following:</p> <p>(a) the relief claimed includes a claim for damages that would require individual assessment after determination of the common issues;</p> <p>(b) the relief claimed relates to separate contracts involving different class members;</p> | <p>7 Le tribunal ne doit pas refuser de certifier qu'une instance est un recours collectif en se fondant simplement sur l'un ou plusieurs des motifs suivants :</p> <p>a) les mesures de redressement demandées comprennent une demande de dommages-intérêts qui exigerait, une fois les questions communes décidées, une évaluation individuelle;</p> <p>b) les mesures de redressement demandées portent sur des contrats distincts concernant différents membres du groupe;</p> |

- (c) different remedies are sought for different class members;
- (d) the number of class members or the identity of each class member is not known;
- (e) the class includes a subclass whose members have claims that raise common issues not shared by all class members.

IV. Issues

24 Have the respondents satisfied the certification requirements set out in British Columbia's *Class Proceedings Act*?

V. Analysis

25 The only issue in this case is whether the Court of Appeal erred in granting certification. As the respondents do not cross-appeal from the decision of Mackenzie J.A., we need not consider whether certification could have been granted on a broader basis than was recognized by the Court of Appeal. The only question is whether, given the Court of Appeal's redefinition of the class and common issues, the certification requirements were met. Those requirements are set out in s. 4 of the British Columbia *Class Proceedings Act* and are similar to the certification requirements set out in Ontario's class action legislation, which I discuss at some length in *Hollick*. These reasons discuss the specifics of the British Columbia certification requirements only insofar as they differ materially from those set out in s. 5 of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, and only to the extent that those differences bear directly on my analysis in this case.

26 Not all of the certification requirements are at issue on this appeal. The appellant does not dispute that the respondents have met the requirements of s. 4(1)(a), (b), and (e) — that is, the appellant does not dispute that the pleadings disclose a cause of action, that the respondents have stated an identifiable class, and that the respondents would serve as

- c) des mesures correctives différentes sont demandées pour différents membres du groupe;
- d) le nombre des membres du groupe ou l'identité de chaque membre est inconnu;
- e) il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les demandes soulèvent des questions communes que ne partagent pas tous les membres du groupe.

IV. La question en litige

Les intimés ont-ils satisfait aux conditions de certification prévues dans la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique?

V. Analyse

La seule question en litige en l'espèce est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en accordant la certification. Étant donné que les intimés n'interjettent pas d'appel incident contre la décision du juge Mackenzie, nous n'avons pas à déterminer si la Cour d'appel aurait pu accorder une certification sur un fondement plus large. La seule question est de savoir si les conditions de certification ont été respectées, compte tenu des nouvelles définitions du groupe et des questions communes que la Cour d'appel a établies. Ces conditions, prescrites par l'art. 4 de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique, sont semblables aux conditions de certification prévues par la loi ontarienne sur les recours collectifs, loi que j'analyse en profondeur dans *Hollick*. Dans les présents motifs, j'aborde les particularités des conditions de certification de la Colombie-Britannique seulement dans la mesure où elles diffèrent de façon importante de celles de l'art. 5 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario, L.O. 1992, ch. 6, et où ces différences ont un effet direct sur mon analyse en l'espèce.

Les conditions de certification ne sont pas toutes en litige dans le présent pourvoi. L'appelante ne conteste pas le fait que les intimés respectent les conditions prescrites par les al. 4(1)a), b) et e) — c'est-à-dire qu'elle ne conteste pas que les actes de procédure révèlent une cause d'action, que les intimés ont établi un groupe identifiable et qu'ils

satisfactory representatives of the class. The issues in dispute are whether there are questions common to the class, as required by s. 4(1)(c), and whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues, as required by s. 4(1)(d).

In my view, both the commonality and preferability requirements are satisfied in this case. With regard to commonality, I agree with Mackenzie J.A. that all class members share an interest in the question of whether the appellant breached a duty of care. On claims of negligence and breach of fiduciary duty, no class member can prevail without showing duty and breach. Resolving those issues, therefore, is “necessary to the resolution of each class member’s claim”: *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46, at para. 39. Accordingly I would conclude that Mackenzie J.A. was correct to find that the issues of duty and breach are common to the class.

The appellant concedes that none of the class members can prevail without showing that the appellant’s conduct fell below an acceptable standard, but contends that the nature of the required showing is inescapably individualistic and not amenable to resolution in general terms applicable to all class members. The appellant does not dispute Mackenzie J.A.’s statement that the “duty of the school to reasonably protect its students from sexual abuse is clear and immutable throughout the period that the school was in operation” (p. 8). However in the appellant’s view, “[t]he result of this litigation depends not on the definition of the standard of care, but rather the application of that standard to the facts found in respect of the circumstances of each claimant” (appellant’s factum, at para. 64 (emphasis in original)). The appellant argues that in this case “[l]iability turns not on the breach of a standard of care in the abstract, but on whether the standard

représenteraient le groupe de façon satisfaisante. Il s’agit de savoir s’il y a des questions communes au groupe, comme l’exige l’al. 4(1)c), et si le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes, comme l’exige l’al. 4(1)d).

À mon avis, les conditions relatives aux questions communes et à la meilleure procédure sont respectées en l’espèce. En ce qui concerne les questions communes, je suis d’accord avec le juge Mackenzie pour dire que tous les membres du groupe ont un intérêt commun dans la question de savoir si l’appelante a contrevenu à une obligation de diligence. Aucun membre du groupe ne peut obtenir gain de cause dans les demandes fondées sur la négligence et la violation d’une obligation de fiduciaire sans démontrer l’existence d’une obligation et d’une violation. La résolution de ces questions est donc « nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe » : *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46, par. 39. En conséquence, j’estime que le juge Mackenzie a eu raison de conclure que les questions liées à l’obligation et à la violation sont communes au groupe.

L’appelante admet qu’aucun membre du groupe ne peut obtenir gain de cause sans démontrer que le comportement de l’appelante était en-deçà d’une norme acceptable, mais elle avance que la preuve requise est inévitablement de nature individuelle et que cette question n’est pas susceptible d’être résolue d’une façon générale qui soit applicable à tous les membres du groupe. L’appelante ne conteste pas l’affirmation du juge Mackenzie selon laquelle [TRADUCTION] « l’obligation de l’école de prendre des mesures raisonnables pour protéger ses élèves contre les agressions sexuelles est claire et immuable pendant toute la période de fonctionnement de l’école » (p. 8). Toutefois, elle estime que [TRADUCTION] « [l]’issue du présent litige ne pas dépend de la définition de la norme de diligence, mais de l’application de cette norme aux faits établis relativement à la situation de chaque demandeur » (mémoire de l’appelante, par. 64 (souligné dans l’original)); elle prétend qu’en l’espèce, « [l]a

27

28

of care was breached with respect to the school's supervision of the particular class member in a way that contributed materially to his/her abuse" (appellant's factum, at para. 64). The theory of the appellant is essentially that the Court of Appeal was able to find a common issue within the meaning of s. 4(1)(c) only by framing the commonality between the class members in overly general terms.

29

There is clearly something to the appellant's argument that a court should avoid framing commonality between class members in overly broad terms. As I discussed in *Western Canadian Shopping Centres, supra*, at para. 39, the guiding question should be the practical one of "whether allowing the suit to proceed as a representative one will avoid duplication of fact-finding or legal analysis". It would not serve the ends of either fairness or efficiency to certify an action on the basis of issues that are common only when stated in the most general terms. Inevitably such an action would ultimately break down into individual proceedings. That the suit had initially been certified as a class action could only make the proceeding less fair and less efficient.

30

I cannot agree, however, that such are the circumstances here. As Mackenzie J.A. noted, the respondents' argument is based on an allegation of "systemic" negligence — "the failure to have in place management and operations procedures that would reasonably have prevented the abuse" (pp. 8-9). The respondents assert, for example, that JHS did not have policies in place to deal with abuse, and that JHS acted negligently by placing all residential students in one dormitory in 1978. These are actions (or omissions) whose reasonability can be determined without reference to the circumstances of any individual class member. It is true that the respondents' election to limit their allegations to systemic negligence may make the individual component of the proceedings more difficult; clearly it would be easier for any given complainant to show causation if the established breach were that JHS

responsabilité ne repose pas sur la violation d'une norme de diligence abstraite, mais sur la question de savoir s'il y a eu violation de la norme de diligence applicable à la surveillance par l'école d'un membre donné du groupe d'une manière qui a contribué de façon importante à l'agression subie par le membre » (mémoire de l'appelante, par. 64). Essentiellement, la théorie de l'appelante est que la Cour d'appel n'a réussi à trouver une question commune au sens de l'al. 4(1)c) qu'en formulant les questions communes au groupe en termes trop généraux.

Il y a manifestement du vrai dans l'argument de l'appelante selon lequel les tribunaux doivent éviter de formuler les questions communes en des termes trop larges. Comme je l'indique dans *Western Canadian Shopping Centres*, précité, par. 39, la question directrice doit être la question pratique de « savoir si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique ». Il serait ni juste ni efficace de certifier une action en fonction de questions qui ne sont communes que si on les énonce en termes très généraux. Une telle action se diviserait inévitablement en instances individuelles. Le fait que la poursuite ait d'abord été certifiée en tant que recours collectif ne ferait que rendre l'instance moins juste et moins efficace.

Je ne peux toutefois pas convenir que tel est le cas en l'espèce. Comme le juge Mackenzie fait remarquer, l'argument des intimés repose sur une allégation de négligence [TRADUCTION] « systémique, soit l'absence de procédures de gestion et de fonctionnement qui auraient vraisemblablement empêché l'agression » (p. 8-9). Les intimés affirment, par exemple, que JHS n'avait aucune politique portant sur l'agression et qu'elle a été négligente en logeant tous les pensionnaires dans le même dortoir en 1978. Il s'agit d'actes (ou d'omissions) dont il est possible de déterminer le caractère raisonnable indépendamment de la situation individuelle des membres du groupe. Il est vrai que le choix des intimés de restreindre leurs allégations à la négligence systémique peut compliquer la composante individuelle de l'instance; il serait manifestement plus facile pour un plaignant donné

had failed to address her own complaint of abuse (an individualized breach) than it would be if, for example, the established breach were that JHS had as a general matter failed to respond adequately to some complaints (a “systemic” breach). As Mackenzie J.A. wrote, however, the respondents “are entitled to restrict the grounds of negligence they wish to advance to make the case more amenable to class proceedings if they choose to do so” (p. 9).

In arguing that the necessary inquiry is inescapably individualistic, the appellant’s principal contention is that the relevant standard of care, if framed at the appropriate level of specificity, would have varied over time. I am not persuaded that this should be an obstacle to the suit’s proceeding as a class action. It is true that there has been a “dramatic . . . evolution” in law relating to sexual abuse between 1950 and 1992 and it is quite possible that the nature of a school’s obligations to its students has changed over time. However, courts have often allowed class actions to proceed in similar circumstances: see, e.g., *Anderson v. Wilson* (1999), 44 O.R. (3d) 673 (C.A.) (certifying class action for medical malpractice even though the action “concern[ed] allegations of a general practice over a number of years falling below acceptable standards” (p. 683)); *Chace v. Crane Canada Inc.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 339 (S.C.) (certifying class action for negligent manufacture and sale over 11-year period on grounds that, if the defendant were “partially successful in its defence and ultimately found to have been negligent over part of the period only, that result c[ould] be accommodated in the answer to the general question” (p. 347)); *Endean v. Canadian Red Cross Society* (1997), 148 D.L.R. (4th) 158 (B.C.S.C.) (certifying class action for negligence and spoliation over four-year period notwithstanding defendant’s argument that “the standard of care would have been in flux throughout the material time” (p. 168)).

de démontrer le lien de causalité s’il était établi que JHS n’avait pas répondu à sa propre plainte d’agression (une violation individualisée) qu’il le serait, par exemple, s’il était établi que, de façon générale, JHS ne répondait pas adéquatement à certaines plaintes (une violation « systémique »). Comme le dit le juge Mackenzie, toutefois, les intimés [TRADUCTION] « ont le droit de restreindre les motifs pour lesquels ils désirent invoquer la négligence afin de rendre l’affaire plus susceptible de faire l’objet d’un recours collectif si c’est ce qu’ils veulent faire » (p. 9).

Pour démontrer que l’examen nécessaire est inévitablement de nature individuelle, l’appelante affirme principalement que la norme de diligence pertinente, formulée au niveau voulu de spécificité, peut s’être modifiée au fil du temps. Je ne suis pas convaincue que ce devrait être un obstacle au recours collectif. Il est vrai qu’il y a eu une [TRADUCTION] « évolution spectaculaire » du droit relatif aux agressions sexuelles entre 1950 et 1992, et il est très possible que la nature des obligations d’une école envers ses élèves ait changé avec le temps. Toutefois, les tribunaux ont souvent permis les recours collectifs dans des circonstances semblables : voir, p. ex., *Anderson c. Wilson* (1999), 44 O.R. (3d) 673 (C.A.) (recours collectif certifié en matière de faute professionnelle médicale bien que l’action [TRADUCTION] « concern[e] des allégations visant une pratique générale contraire aux normes acceptables, suivie pendant plusieurs années » (p. 683)); *Chace c. Crane Canada Inc.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 339 (C.S.) (recours collectif certifié pour un cas de négligence dans la fabrication et la vente visant une période de 11 ans au motif que, si la défenderesse avait [TRADUCTION] « gain de cause en partie dans sa défense et qu’elle était en fin de compte jugée n’avoir été négligente que pendant une partie de la période, cette conclusion pourrait être intégrée dans la réponse à la question générale » (p. 347)); *Endean c. Canadian Red Cross Society* (1997), 148 D.L.R. (4th) 158 (C.S.C.-B.) (certification d’un recours collectif pour négligence et destruction de preuve sur une période de quatre ans, malgré l’argument de la défenderesse selon lequel [TRADUCTION] « la norme de diligence aurait fluctué au cours de la période pertinente » (p. 168)).

32

That the standard of care may have varied over the relevant time period simply means that the court may find it necessary to provide a nuanced answer to the common question. The structure of the Berger report, which explicitly divides the years between 1982 and 1991 into three discrete subperiods, suggests that such an approach would not be infeasible. I further note that the *Class Proceedings Act* contemplates the possibility of subclasses and that the court may amend the certification order at any time: see s. 6(1) (permitting court to recognize subclasses under certain conditions); s. 7(e) (stating that the court “must not refuse to certify a proceeding as a class proceeding merely because . . . the class includes a subclass whose members have claims that raise common issues not shared by all class members”); s. 8(3) (stating that “[t]he court, on the application of a party or class member, may at any time amend a certification order”); s. 10(1) (stating that “[w]ithout limiting section 8(3), at any time after a certification order is made . . . the court may amend the certification order”). In my view the *Class Proceedings Act* provides the court with ample flexibility to deal with limited differentiation amongst the class members as and if such differentiation becomes evident.

33

As the Court of Appeal noted (at p. 9), it is in fact quite likely that there will be relevant differences between the class members:

Limiting the ground of liability to systemic negligence does not eliminate all differences among class members. As the Berger report noted, the duty owed may vary over time depending upon the state of knowledge of those in charge of the school, the reasonably informed educational standards and policies of the day, the measures implemented to prevent abuse and other factors. At the end of the case, liability could be imposed for abuse during certain periods of the school’s operation and not in others. It is conceivable that liability might be differentiated in other ways, for example abuse inflicted by staff but not by other students.

Le fait que la norme de diligence puisse avoir varié au cours de la période en cause signifie simplement que le tribunal peut juger nécessaire de fournir une réponse nuancée à la question commune. La structure du rapport Berger, qui divise expressément les années comprises entre 1982 et 1991 en trois sous-périodes distinctes, indique qu’une telle démarche ne serait pas impossible. Je souligne en outre que la *Class Proceedings Act* envisage la possibilité de sous-groupes et que le tribunal peut modifier l’ordonnance de certification en tout temps : voir le par. 6(1) (le tribunal peut reconnaître des sous-groupes à certaines conditions); l’al. 7e) (le tribunal [TRADUCTION] « ne doit pas refuser de certifier qu’une instance est un recours collectif [. . .] simplement [parce qu’] il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les demandes soulèvent des questions communes que ne partagent pas tous les membres du groupe »); le par. 8(3) ([TRADUCTION] « [l]e tribunal peut, sur demande présentée par une partie ou un membre du groupe, modifier l’ordonnance de certification »); le par. 10(1) ([TRADUCTION] « [s]ans restreindre l’application du paragraphe 8(3), le tribunal peut modifier l’ordonnance de certification en tout temps »). À mon avis, la *Class Proceedings Act* confère au tribunal toute la souplesse voulue pour traiter des différenciations réduites entre les membres du groupe dans la mesure où les différences se manifestent.

Comme la Cour d’appel le souligne (à la p. 9), il est en réalité très probable qu’il y ait des différences entre les membres du groupe :

[TRADUCTION] Restreindre le motif de responsabilité à la négligence systémique n’élimine pas toutes les différences entre les membres du groupe. Comme le rapport Berger le fait remarquer, l’obligation peut varier au fil du temps selon le degré de connaissances des responsables de l’école, les normes et politiques raisonnablement éclairées de l’époque, les mesures de prévention de l’agression qui sont mises en œuvre ainsi que d’autres facteurs. Il se peut qu’à la fin de l’affaire, la responsabilité soit retenue à l’égard des agressions pour certaines périodes de fonctionnement de l’école mais pas pour d’autres périodes. Il est concevable que la responsabilité fasse l’objet d’autres distinctions, par exemple qu’elle soit reconnue dans les cas d’agressions par des membres du personnel, et non dans les cas d’agressions par d’autres élèves.

For the reasons stated above, however, I agree with Mackenzie J.A. that these differences are not insurmountable. In any event I question the extent to which differences between the class members should be taken into account at this stage. The British Columbia *Class Proceedings Act* explicitly states that the commonality requirement may be satisfied “whether or not [the] common issues predominate over issues affecting only individual members”: s. 4(1)(c). (This distinguishes the British Columbia legislation from the corresponding Ontario legislation, which is silent as to whether predominance should be a factor in the commonality inquiry.) While the British Columbia *Class Proceedings Act* clearly contemplates that predominance will be a factor in the preferability inquiry (a point to which I will return below), it makes equally clear that predominance should not be a factor at the commonality stage. In my view the question at the commonality stage is, at least under the British Columbia *Class Proceedings Act*, quite narrow.

As noted above, Mackenzie J.A. certified as common not only the standard-of-care issue but also the punitive damages issues. Here, too, I agree with his reasoning. In this case resolving the primary common issue — whether JHS breached a duty of care or fiduciary duty to the complainants — will require the court to assess the knowledge and conduct of those in charge of JHS over a long period of time. This is exactly the kind of fact-finding that will be necessary to determine whether punitive damages are justified: see, e.g., *Endean, supra*, at para. 48 (“An award of punitive damages is founded on the conduct of the defendant, unrelated to its effect on the plaintiff.”). Clearly, the appropriateness and amount of punitive damages will not always be amenable to determination as a common issue. Here, however, the respondents have limited the possible grounds of liability to systemic negligence — that is, negligence not specific to any one victim but rather to the class of victims as a group. In my view the appropriateness and amount of punitive damages is, in this case, a question amenable to resolution

Pour les motifs susmentionnés, toutefois, je suis d'accord avec le juge Mackenzie que ces différences ne sont pas insurmontables. De toute manière, je me demande jusqu'à quel point il faut prendre en considération les différences entre les membres du groupe à ce stade-ci. La *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique dit expressément que la condition relative aux questions communes peut être respectée, [TRADUCTION] « que ces questions communes prévalent ou non sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement » : al. 4(1)c). (Cela différencie la loi de la Colombie-Britannique de la loi ontarienne correspondante, qui n'indique pas si la prédominance des questions communes est un facteur.) Bien que la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique prévoit clairement que la prédominance est un facteur dans la question de la meilleure procédure (sur laquelle je reviens plus loin), elle indique tout aussi clairement que la prédominance n'est pas un facteur à l'étape de l'examen des questions communes. À mon sens, la question est très limitée à cette étape, du moins en vertu de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique.

Comme je le dis plus haut, le juge Mackenzie a certifié que, non seulement la question de la norme de diligence, mais aussi celle des dommages-intérêts exemplaires, étaient des questions communes. Sur ce point aussi, je suis d'accord avec son raisonnement. En l'espèce, la résolution de la question commune principale — à savoir si JHS a contrevenu à une obligation de diligence ou à une obligation de fiduciaire à l'égard des plaignants — obligera le tribunal à évaluer la connaissance et la conduite des responsables de JHS pendant une longue période. C'est exactement le genre de recherche des faits à laquelle le tribunal devra se livrer pour déterminer si des dommages-intérêts exemplaires sont justifiés : voir, p. ex., *Endean*, précité, par. 48 ([TRADUCTION] « L'octroi de dommages-intérêts exemplaires repose sur la conduite du défendeur, sans égard à son effet sur le demandeur ».). Manifestement, les questions de l'octroi et du montant des dommages-intérêts exemplaires ne pourront pas être traitées dans tous les cas comme des questions communes. En l'espèce, toutefois, les

as a common issue: see *Chace, supra*, at para. 30 (certifying punitive damages as a common issue on the grounds that the plaintiffs' negligence claim was "advance[d] . . . as a general proposition" rather than by reference to conduct specific to any one plaintiff).

intimés ont restreint les motifs possibles de responsabilité à la négligence systémique — soit la négligence ne se rapportant pas à une victime en particulier, mais aux victimes en tant que groupe. J'estime que l'octroi et le montant des dommages-intérêts exemplaires sont en l'espèce des questions susceptibles d'être résolues en tant que questions communes : voir *Chace*, précité, par. 30 (certifiant que les dommages-intérêts exemplaires sont une question commune au motif que l'allégation de négligence a été avancée [TRADUCTION] « en tant que proposition générale » et ne vise pas spécifiquement la conduite d'un demandeur donné).

35

The question remains whether a class action would be the preferable procedure. Here I would begin by incorporating my discussion in *Hollick* as to the meaning of preferability: see *Hollick, supra*, at paras. 28-31. While the legislative history of the British Columbia *Class Proceedings Act* is of course different from that of the corresponding Ontario legislation, in my view the preferability inquiry is, at least in general terms, the same under each statute. The inquiry is directed at two questions: first, "whether or not the class proceeding [would be] a fair, efficient and manageable method of advancing the claim", and second, whether the class proceedings would be preferable "in the sense of preferable to other procedures" (*Hollick*, at para. 28). I would note one difference, however, between the British Columbia *Class Proceedings Act* and the corresponding Ontario legislation. Like the British Columbia legislation, the Ontario legislation requires that a class action be "the preferable procedure" for the resolution of the common issues: see Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, s. 5(1)(d); British Columbia *Class Proceedings Act*, s. 4(1)(d). Unlike the Ontario legislation, however, the British Columbia legislation provides express guidance as to how a court should approach the preferability question, listing five factors that the court must consider: see s. 4(2). I turn, now, to these factors.

Il reste à déterminer si le recours collectif serait la meilleure procédure. En l'espèce, j'intégrerais d'abord aux présents motifs l'analyse que je fais dans *Hollick*, précité, par. 28-31, de ce que signifie la meilleure procédure. Bien que l'historique législatif de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique soit naturellement différent de celui de la loi ontarienne correspondante, j'estime que l'examen relatif à la meilleure procédure est, du moins de façon générale, le même dans les deux lois. L'examen porte sur deux questions : Premièrement, [TRADUCTION] « le recours collectif est-il un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance? » Deuxièmement, le recours collectif est-il [TRADUCTION] « préférable aux autres procédures? » (*Hollick*, précité, par. 28). Je soulignerais toutefois une différence entre la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique et la loi ontarienne correspondante. Comme la loi de la Colombie-Britannique, la loi ontarienne exige que le recours collectif soit « le meilleur moyen » (ou « la meilleure procédure ») pour régler les questions communes : voir la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario, al. 5(1)(d); *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique, al. 4(1)(d). Contrairement à la loi ontarienne, cependant, la loi de la Colombie-Britannique fournit expressément des directives sur la manière dont le tribunal doit aborder la question de la meilleure procédure, énumérant cinq facteurs que le tribunal doit prendre en considération : voir par. 4(2). J'examine maintenant ces facteurs.

The first factor is “whether questions of fact or law common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members”: s. 4(2)(a). As I noted above, it seems likely that there will be relevant differences between class members here. It should be remembered, however, that as the respondents have limited their claims to claims of “systemic” negligence, the central issues in this suit will be the nature of the duty owed by JHS to the class members and whether that duty was breached. Those issues are amenable to resolution in a class proceeding. While the issues of injury and causation will have to be litigated in individual proceedings following resolution of the common issue (assuming the common issue is decided in favour of the class, or at least in favour of some segment of the class), in my view the individual issues will be a relatively minor aspect of this case. There is no dispute that abuse occurred at the school. The essential question is whether the school should have prevented the abuse or responded to it differently. I would conclude that the common issues predominate over those affecting only individual class members.

The second factor is “whether a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions”, and the third is “whether the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceedings”: s. 4(2)(b), (c). On these factors I would note again that no class member will be able to prevail without making an individual showing of injury and causation. Thus it cannot be said that allowing this suit to proceed as a class action will force complainants into a passive role. Each class member will retain control over his or her individual action, and his or her ultimate recovery will be determined by the outcome of the individual proceedings on injury and causation (assuming, again, that the common issue is resolved in favour of the class). Further there is little evidence here to suggest that any significant

Le premier facteur consiste à déterminer « si les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe prévalent sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement » : al. 4(2)a). Comme je le note plus haut, il y aura vraisemblablement des différences entre les membres du groupe en l’espèce. Il faut toutefois se rappeler qu’étant donné que les intimés ont restreint leurs demandes à la question de la négligence « systémique », les questions fondamentales dans la présente poursuite seront la nature de l’obligation de JHS à l’égard des membres du groupe et la violation alléguée de cette obligation. Ces questions sont susceptibles de résolution dans un recours collectif. Je suis d’avis que même si les questions du préjudice et du lien de causalité devront être jugées dans le cadre d’instances individuelles à la suite de la résolution de la question commune (à supposer que la question commune soit tranchée en faveur du groupe ou, du moins, en faveur d’une partie du groupe), les questions individuelles demeureront un aspect relativement mineur de la présente affaire. Il n’est pas contesté que des agressions se sont produites à l’école. La question essentielle est de savoir si l’école aurait dû prévenir les agressions ou y répondre différemment. Je suis d’avis que les questions communes prévalent sur les questions touchant uniquement les membres du groupe pris individuellement.

Le deuxième facteur consiste à déterminer « si un nombre important de membres du groupe ont valablement intérêt à mener individuellement la poursuite d’une action distincte », et le troisième, « si le recours collectif comporte des demandes faisant ou ayant fait l’objet d’autres instances » : al. 4(2)b), c). Sur ces points, je souligne de nouveau qu’aucun membre du groupe ne pourra avoir gain de cause sans faire la preuve individuelle du préjudice et du lien de causalité. On ne peut donc pas dire que le fait de permettre que la présente poursuite prenne la forme d’un recours collectif obligera les plaignants à se cantonner dans un rôle passif. Chaque membre du groupe conservera le contrôle sur sa propre action, et l’indemnité éventuellement touchée dépendra de l’issue de l’instance individuelle relativement au préjudice et au lien de causalité (à supposer aussi que la question

number of class members would prefer to proceed individually.

commune soit tranchée en faveur du groupe). De plus, rien dans la preuve n'indique qu'un nombre important de membres du groupe préfèrent pour-suivre individuellement.

38

I turn next to the fourth factor, which asks “whether other means of resolving the claims are less practical or less efficient”: s. 4(2)(d). On this point I would agree with the Court of Appeal that individual actions would be less practical and less efficient than would be a class proceeding. As Mackenzie J.A. noted (at pp. 9-10), “[i]ssues related to policy and administration of the school, qualification and training of staff, dormitory conditions and so on are likely to have common elements”. Further, “[t]he overall history and evolution of the school is likely to be important background for the claims generally and it would be needlessly expensive to require proof in separate individual cases” (p. 10). I would also agree with Mackenzie J.A. (and indeed with Kirkpatrick J.) that the JICP does not provide an adequate alternative to a class action. Amongst other limitations, the JICP program limits the recovery of any one complainant to \$60,000, and it does not permit complainants to be represented by counsel before the panel. The JICP simply cannot be said to be an adequate alternative to a class proceeding.

Le quatrième facteur soulève la question de savoir « si les autres moyens de résoudre les demandes sont moins pratiques ou moins efficaces » : al. 4(2)d). Sur ce point, je partage l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle des actions individuelles seraient moins pratiques et moins efficaces que le recours collectif. Le juge Mackenzie souligne d'abord que [TRADUCTION] « [l]es questions liées à la politique et à l'administration de l'école, à la qualification et à la formation du personnel, aux conditions du dortoir et autres auront vraisemblablement des éléments communs » (p. 9-10), puis que « l'évolution et l'historique de l'école seront probablement un élément de fond important pour les demandes en général, et il serait inutilement coûteux d'exiger que la preuve en soit faite dans des affaires individuelles séparées » (p. 10). Je partage aussi l'opinion du juge Mackenzie (et celle du juge Kirkpatrick sur ce point) selon laquelle le JICP ne constitue pas une solution de rechange adéquate au recours collectif. Entre autres restrictions, le JICP limite à 60 000 \$ l'indemnité qu'un plaignant peut recevoir et il ne permet pas aux plaignants d'être représentés par un avocat devant le comité. On ne peut tout simplement pas dire que le JICP est une solution de rechange au recours collectif.

39

The final factor is “whether the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means”: s. 4(2)(e). On this point it is necessary to emphasize the particular vulnerability of the plaintiffs in this case. The individual class members are deaf or blind or both. Litigation is always a difficult process but I am convinced that it will be extraordinarily so for the class members here. Allowing the suit to proceed as a class action may go some way toward mitigating the difficulties that will be faced by the class members. I am in full agreement, therefore, with Mackenzie J.A.'s conclusion that “[t]he communications barriers faced by the students both at

Le dernier facteur consiste à déterminer « si l'administration du recours collectif créerait des difficultés plus grandes que celles qui surviendront vraisemblablement dans le cas où la réparation est sollicitée par d'autres moyens » : al. 4(2)e). À ce sujet, il est nécessaire de souligner la vulnérabilité particulière des demandeurs en l'espèce. Les membres du groupe sont sourds, aveugles ou les deux. Le recours en justice est toujours un processus difficile, mais je suis convaincue qu'il sera extrêmement difficile pour les membres du groupe en l'espèce. Permettre que la poursuite prenne la forme d'un recours collectif peut contribuer à mitiger les difficultés des membres du groupe. Je suis donc entièrement d'accord avec la conclusion

the time of the assaults alleged and currently in the litigation process favour a common process to explain the significance of those barriers and to elicit relevant evidence.” As he wrote, “[a] group action should assist in marshalling the expertise required to assist individual students in communicating their testimony effectively” (p. 9).

I conclude that the respondents have satisfied the certification requirements set out in s. 4 of the British Columbia *Class Proceedings Act*.

The appeal is dismissed. The respondents shall have costs throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Acheson & Company, Victoria; McDonagh Sheane, Victoria.

du juge Mackenzie selon laquelle [TRADUCTION] « [l]es barrières à la communication auxquelles les élèves faisaient face au moment des présumées agressions et auxquelles ils font face actuellement dans le processus judiciaire favorisent une procédure commune pour expliquer l'importance de ces barrières et recueillir des preuves pertinentes ». Il ajoute : « [l]e recours collectif devrait contribuer à combiner l'expertise requise pour aider les élèves à communiquer leur témoignage de façon efficace » (p. 9).

Je conclus que les intimés ont satisfait aux conditions de certification prévues à l'art. 4 de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique.

Le pourvoi est rejeté. Les dépens sont adjugés aux intimés dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante : Le ministère du procureur général, Vancouver.

Procureurs des intimés : Acheson & Company, Victoria; McDonagh Sheane, Victoria.

40

41

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



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2001 Vol. 3

2^e cahier, 2001 Vol. 3

Cited as [2001] 3 S.C.R. 209-423

Renvoi [2001] 3 R.C.S. 209-423

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT
PAULINE MCTAVISH

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis 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

Derksen v. 539938 Ontario Ltd.398

Insurance — Commercial general liability insurance — Exclusions — Coverage excluded for bodily injury or property damage arising out of the ownership, use or operation of an automobile and for bodily injury or property damage with respect to which any automobile policy is in effect — Accident caused by employee's failure to safely clean up work site and failure to ensure supply truck could be operated safely — Supply truck covered by automobile insurance policy — Whether use of supply truck was proximate cause of accident — Whether accident resulting from concurrent sources of causation — If so, whether general liability policy provides coverage where there are two concurrent causes, one of which is excluded from coverage — Whether exclusion clauses should be interpreted to exclude coverage under general liability policy — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 267.1.

R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.....209

Labour law — Quebec construction industry — Contractors charged with hiring employees who did not have competency certificates and workers charged with working without competency certificates as required under Quebec construction legislation — Whether requirement that workers become members of one of listed union groups in order to obtain competency certificates unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry, R.S.Q., c. R-20, ss. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1, 120.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Contractors charged with hiring employees who did not have competency certificates and workers charged with working without competency certificates as required under Quebec construction legislation — Whether requirement that workers become members of one of listed union groups in order to obtain competency certificates unconstitutional — Whether guarantee of freedom of association includes right not to associate — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry, R.S.Q., c. R-20, ss. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1, 120.

R. v. Rhee364

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of attempted murder and assault causing bodily harm — Whether pre-Lifchus charge on reasonable

SOMMAIRE

Derksen c. 539938 Ontario Ltd.....398

Assurance — Assurance responsabilité civile des entreprises — Exclusions — Exclusion de la garantie en cas de lésions corporelles ou dommages matériels découlant de la propriété, de l'usage ou de la conduite d'une automobile et de lésions corporelles ou dommages matériels visés par une police d'assurance automobile en vigueur — Accident causé par l'omission d'un employé de nettoyer le chantier pour qu'il soit sécuritaire et de veiller à ce que le camion d'approvisionnement puisse être conduit de façon sécuritaire — Camion d'approvisionnement couvert par la police d'assurance automobile — L'usage du camion d'approvisionnement a-t-il été la cause immédiate de l'accident? — L'accident est-il le résultat de sources concourantes de causalité? — Dans l'affirmative, la garantie de la police d'assurance responsabilité civile s'applique-t-elle lorsqu'il y a eu deux causes concourantes et que l'une de ces causes est exclue? — Les clauses d'exclusion ont-elles pour effet d'écarter la garantie prévue par la police d'assurance responsabilité civile? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 267.1.

R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.....209

Droit du travail — Industrie de la construction du Québec — Entrepreneurs accusés d'avoir embauché des travailleurs non titulaires des certificats de compétence requis par la législation sur la construction du Québec et personnes accusées d'avoir travaillé sans être titulaires de ces certificats — L'exigence que les travailleurs deviennent membres de l'un des groupes syndicaux énumérés pour obtenir des certificats de compétence est-elle inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction, L.R.Q., ch. R-20, art. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1, 120.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Entrepreneurs accusés d'avoir embauché des travailleurs non titulaires des certificats de compétence requis par la législation sur la construction du Québec et personnes accusées d'avoir travaillé sans être titulaires de ces certificats — L'exigence que les travailleurs deviennent membres de l'un des groupes syndicaux énumérés pour obtenir des certificats de compétence est-elle inconstitutionnelle? — La garantie de la liberté d'association comporte-t-elle le droit de non-association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction, L.R.Q., ch. R-20, art. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1, 120.

CONTENTS (Concluded)

doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Rhee364

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de tentative de meurtre et de voies de fait causant des lésions corporelles — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à l'arrêt Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

Advance Cutting & Coring Ltd., Gilles Thériault, Luc Loyer, Éric Schryer, Jean Grégoire, Daniel Matte, Raymond Matte, Paul Rock, Marc Piché, Denis St-Amour, Ray Matte Couvreur, 161614 Canada Inc., Ateliers de Menuiserie Allaire Inc., Paul Rodrigue, Raymond Plante and Michel Mongeon
Appellants

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Mis en cause*

and

Commission de la construction du Québec, Centrale des syndicats démocratiques (CSD-Construction), Confédération des syndicats nationaux (CSN-Construction), Conseil provincial du Québec des métiers de la construction (International), Fédération des travailleurs du Québec (FTQ-Construction), Canadian Coalition of Open Shop Contracting Associations and Canadian Office of the Building and Construction Trades Department, AFL-CIO *Interveniers*

INDEXED AS: R. v. ADVANCE CUTTING & CORING LTD.

Neutral citation: 2001 SCC 70.

File No.: 26664.

2000: March 20; 2001: October 19, 2001.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Quebec construction industry — Contractors charged with hiring employees who did not have

Advance Cutting & Coring Ltd., Gilles Thériault, Luc Loyer, Éric Schryer, Jean Grégoire, Daniel Matte, Raymond Matte, Paul Rock, Marc Piché, Denis St-Amour, Ray Matte Couvreur, 161614 Canada Inc., Ateliers de Menuiserie Allaire Inc., Paul Rodrigue, Raymond Plante et Michel Mongeon *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Québec *Mis en cause*

et

Commission de la construction du Québec, Centrale des syndicats démocratiques (CSD-Construction), Confédération des syndicats nationaux (CSN-Construction), Conseil provincial du Québec des métiers de la construction (International), Fédération des travailleurs du Québec (FTQ-Construction), Canadian Coalition of Open Shop Contracting Associations et Bureau canadien du Département des métiers de la construction, FAT-COI *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. ADVANCE CUTTING & CORING LTD.

Référence neutre : 2001 CSC 70.

N^o du greffe : 26664.

2000 : 20 mars; 2001 : 19 octobre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Industrie de la construction du Québec — Entrepreneurs accusés d'avoir embauché des

competency certificates and workers charged with working without competency certificates as required under Quebec construction legislation — Whether requirement that workers become members of one of listed union groups in order to obtain competency certificates unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry, R.S.Q., c. R-20, ss. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1, 120.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Contractors charged with hiring employees who did not have competency certificates and workers charged with working without competency certificates as required under Quebec construction legislation — Whether requirement that workers become members of one of listed union groups in order to obtain competency certificates unconstitutional — Whether guarantee of freedom of association includes right not to associate — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry, R.S.Q., c. R-20, ss. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1, 120.

The appellants, who are contractors, real estate promoters and construction workers, were charged with hiring employees who did not have the required competency certificates to work on a construction project or with working in the industry without the proper competency certificates, contrary to s. 119.1 of the Quebec *Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry* (the “*Construction Act*”). The appellants asserted that workers could not obtain the proper competency certificates without becoming members of one of the union groups listed in s. 28 of the *Construction Act*. They claimed that this obligation was unconstitutional because it breached the right not to associate which, in their opinion, was a component of the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

At the time, s. 28 of the *Construction Act* provided that the five union groups listed were the only groups entitled to an assessment of their representativeness. Under s. 30, the Commission de la construction du Québec draws up a list of construction workers qualified to take part in a mandatory vote under s. 32, during which each worker must opt for one of the union groups as his or her

travailleurs non titulaires des certificats de compétence requis par la législation sur la construction du Québec et personnes accusées d’avoir travaillé sans être titulaires de ces certificats — L’exigence que les travailleurs deviennent membres de l’un des groupes syndicaux énumérés pour obtenir des certificats de compétence est-elle inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d’œuvre dans l’industrie de la construction, L.R.Q., ch. R-20, art. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1, 120.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’association — Entrepreneurs accusés d’avoir embauché des travailleurs non titulaires des certificats de compétence requis par la législation sur la construction du Québec et personnes accusées d’avoir travaillé sans être titulaires de ces certificats — L’exigence que les travailleurs deviennent membres de l’un des groupes syndicaux énumérés pour obtenir des certificats de compétence est-elle inconstitutionnelle? — La garantie de la liberté d’association comporte-t-elle le droit de non-association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d’œuvre dans l’industrie de la construction, L.R.Q., ch. R-20, art. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1, 120.

Les appelants, qui sont des entrepreneurs, promoteurs immobiliers ou travailleurs de la construction, sont accusés d’avoir embauché des employés non titulaires des certificats de compétence requis pour travailler sur un chantier de construction ou d’avoir travaillé dans l’industrie sans les certificats de compétence appropriés, contrairement à l’art. 119.1 de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d’œuvre dans l’industrie de la construction* du Québec (la « *Loi sur la construction* »). Les appelants affirment que les travailleurs ne peuvent obtenir les certificats de compétence appropriés sans devenir membres de l’un des groupes syndicaux énumérés à l’art. 28 de la *Loi sur la construction*. Ils font valoir que cette obligation est inconstitutionnelle, car elle porte atteinte au droit de non-association, qui fait partie, à leur avis, de la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

À l’époque, l’art. 28 de la *Loi sur la construction* prévoyait que seuls les cinq groupes syndicaux énumérés pouvaient faire constater leur représentativité. En vertu de l’art. 30, la Commission de la construction du Québec dresse la liste des travailleurs de la construction qui possèdent les qualités requises pour participer au vote obligatoire prévu par l’art. 32, au cours duquel chacun doit

bargaining representative. In order to take part in that vote, a construction worker must hold a journeyman competency certificate, an occupation competency certificate or an apprentice competency certificate. Construction workers must also have worked 300 hours in the industry in the 15 months before the election is held. On the basis of the vote, the Commission determines the representativeness of every association under s. 35. This degree of representativeness determines the extent of the influence of each association in the negotiation process. Only a union or a group of associations with a representativeness of 50 percent or greater of all certified construction workers may negotiate collective agreements. If a union's degree of representativeness does not reach at least 15 percent, it is even deprived of the right to attend collective bargaining sessions.

The trial judge dismissed the constitutional argument and found the appellants guilty as charged. The Superior Court affirmed that judgment. The Court of Appeal dismissed the appellants' motion for leave to appeal to that court.

Held (McLachlin C.J. and Major, Bastarache and Binnie JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The impugned legislation is constitutional.

Per Gonthier, Arbour and LeBel JJ.: The appellants have standing to raise the constitutional questions stated. As appears from the legislation challenged, the conditions governing the issuance of competency certificates and union membership are closely linked. A successful challenge to the provisions governing the compulsory choice of a collective bargaining agent might give rise to some defence to the specific charges laid in this case. Moreover, at the present stage of the proceedings, the interest of justice favours a careful consideration of the substantive issues brought before this Court.

Although the right of association represents a social phenomenon involving the linking together of a number of persons, it belongs first to the individual. It fosters one's self-fulfilment by allowing one to develop one's qualities as a social being. The act of engaging in legal activities, in conjunction with others, receives constitutional protection. The focus of the analysis remains on the individual, not on the group.

While the majority of the Court acknowledged in *Lavigne* that there was a negative right not to associate, it also accepted a democratic rationale for putting internal limits on it. An approach that fails to read in some inner limits and restrictions on a right not to associate would

choisir l'un des groupes syndicaux en tant qu'agent négociateur. Pour participer à ce vote, le travailleur de la construction doit être titulaire du certificat de compétence-compagnon, du certificat de compétence-occupation ou du certificat de compétence-apprenti. Il doit aussi avoir travaillé 300 heures dans l'industrie au cours des 15 mois précédant l'élection. Selon les résultats du scrutin, la Commission détermine la représentativité de chaque association en vertu de l'art. 35. Ce degré de représentativité détermine la portée de l'influence de chaque association dans les négociations. Seul le syndicat ou groupe d'associations dont la représentativité est d'au moins 50 pour 100 de tous les travailleurs de la construction accrédités peut négocier une convention collective. Celui dont la représentativité est inférieure à 15 pour 100 perd même son droit d'assister aux séances de négociation collective.

Le juge de première instance rejette l'argument constitutionnel et déclare les appelants coupables des faits reprochés. La Cour supérieure confirme ce jugement. La Cour d'appel rejette la requête des appelants pour autorisation d'interjeter appel auprès d'elle.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache et Binnie sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté. Les dispositions législatives contestées sont constitutionnelles.

Les juges Gonthier, Arbour et LeBel : Les appelants ont qualité pour soulever les questions constitutionnelles énoncées. Comme il ressort des dispositions législatives contestées, les conditions de délivrance des certificats de compétence et d'adhésion syndicale se trouvent étroitement liés. Une contestation réussie des dispositions régissant le choix obligatoire d'un agent négociateur pourrait permettre d'invoquer un moyen de défense contre les accusations particulières portées en l'espèce. De plus, à ce stade-ci des procédures, l'intérêt de la justice milite en faveur d'un examen attentif des questions de fond dont la Cour est saisie.

Même si le droit d'association représente un phénomène social qui crée un lien entre des personnes, il revient d'abord à l'individu. Ce droit favorise l'accomplissement de soi en permettant à la personne de développer ses qualités en tant qu'être sociable. Le fait de se livrer à des activités légales avec d'autres est protégé par la Constitution. L'analyse est axée sur l'individu, non sur le groupe.

Bien que, dans l'arrêt *Lavigne*, les juges majoritaires de la Cour aient conclu à l'existence d'un droit négatif de non-association, ils ont aussi accepté la présence d'un fondement démocratique justifiant l'imposition de limites internes à ce droit. Une conception incapable

deny the individual the benefits arising from an association. The acknowledgement of a negative right not to associate would not justify a finding of an infringement of the guarantee whenever a form of compelled association arises. Some forms of compelled association in the workplace might be compatible with *Charter* values and the guarantee of freedom of association. An inquiry must take place into the nature of the commitment to an association. In the case of a legislated form of union security, the nature of the legislative scheme must also be closely scrutinized.

The appellants have not made out a case that the challenged legislation establishes a form of ideological conformity that would trigger the application of s. 2(d) of the *Charter*. As it stands, the law does not impose on construction workers much more than the bare obligation to belong to a union. Their obligation boils down to the obligation to designate a collective bargaining representative, to belong to it for a given period of time, and to pay union dues. At the same time, the Act provides protection against past, present and potential abuses of union power. Unions are deprived of any direct control over employment in the industry. They may not set up or operate an office or union hall. No discrimination is allowed against the members of different unions. Provided they hold the required competency certificates, all workers are entitled to work in the construction industry without regard to their particular union affiliation. Section 96 grants members clear rights of information and participation in union life. The law allows any construction worker to change his or her union affiliation, at the appropriate time.

There is simply no evidence to support judicial notice of Quebec unions ideologically coercing their members. Such an inference presumes that unions hold a single ideology and impose it on their rank and file, including the complainants in this case. Such an inference would amount to little more than an unsubstantiated stereotype. The appellants presented no evidence that the legislation imposes a form of ideological conformity or threatens a liberty interest protected by the *Charter*, which is necessary for it to infringe the right not to associate under s. 2(d). The evidence does not even indicate whether unions are engaged in causes and activities that the appellants disapprove of. This is not a subject where judicial knowledge could and should replace proper evidentiary records unless the fact of joining a union were, of itself, evidence of a particular ideological bent. The well-known fact of trade union participation in public life in Canada does not demonstrate that every union

d'intégrer des limites et des restrictions internes au droit de ne pas s'associer priverait l'individu des bénéfices découlant d'une association. La reconnaissance du droit négatif de ne pas s'associer ne permettrait pas de conclure que tous les cas d'association forcée emportent une atteinte à la garantie. Certaines formes d'association forcée dans le lieu de travail pourraient être compatibles avec les valeurs contenues dans la *Charte* et avec la garantie de liberté d'association. Il faut examiner la nature de l'engagement envers l'association. Dans le cas d'une forme de sécurité syndicale prévue par la loi, il faut également examiner de près la nature du régime législatif.

Les appelants n'ont pas établi que la loi contestée prescrit une forme de conformité idéologique de nature à entraîner l'application de l'al. 2d) de la *Charte*. Sous sa forme actuelle, la loi n'impose rien de plus aux travailleurs de la construction que la simple obligation d'être membre d'un syndicat. Cette obligation se résume à celle de désigner un agent négociateur, d'être membre de ce groupe syndical pendant une période déterminée et de verser des cotisations syndicales. La loi prévoit également une protection contre les abus de pouvoir passés, présents et éventuels de la part du syndicat. Les syndicats sont privés de tout contrôle direct sur l'emploi dans l'industrie. Ils ne peuvent pas établir ou exploiter un bureau de placement. Aucune discrimination n'est permise contre les membres des différents syndicats. Pourvu qu'ils détiennent les certificats de compétence requis, tous les salariés ont le droit de travailler dans l'industrie de la construction, sans égard à leur affiliation syndicale. L'article 96 confère aux membres des droits explicites relatifs à l'information et à la participation à la vie syndicale. La loi permet à tout travailleur de la construction de changer d'affiliation syndicale, au moment opportun.

Il n'y a tout simplement aucun élément de preuve justifiant le recours à la connaissance d'office du fait que les syndicats québécois exercent une coercition idéologique sur leurs membres. Une telle conclusion présume que les syndicats adhèrent à une seule idéologie et qu'ils l'imposent à leurs membres de la base, y compris les plaignants en l'espèce. Elle n'équivaudrait à rien de plus qu'un stéréotype sans fondement. Les appelants n'ont présenté aucun élément de preuve indiquant que la loi impose une forme de conformité idéologique ou menace un droit à la liberté protégé par la *Charte*, ce qui est nécessaire pour établir une atteinte au droit de non-association garanti par l'al. 2d). La preuve n'indique même pas si les syndicats participent à des causes et à des activités que les appelants désapprouvent. Il ne s'agit pas d'un sujet sur lequel la connaissance judiciaire pourrait et devrait remplacer la preuve appropriée au dossier, sauf si le fait d'adhérer à un syndicat constituait en soi la preuve d'une

worker joining a union under a union security arrangement should be considered *prima facie* a victim of a breach of the *Charter*.

The question at stake in this appeal should be left to the political process. Such a solution retains a balance in the application of the *Charter*, and leaves the legal management of labour relations to Parliament and legislatures as well as to the parties to labour agreements. The management of labour relations requires a delicate exercise in reconciling conflicting values and interests. The relevant political, social and economic considerations lie largely beyond the area of expertise of courts. This limited and prudent approach to court interventions in the field of labour relations reflects a proper understanding of the functions of courts and legislatures. In the application of the *Charter*, it also avoids characterizing any kind of governmental action in support of human rights as a *prima facie* infringement of the *Charter* that would have to be justified under s. 1.

Even if the legislation had infringed the s. 2(d) right not to associate, it would still be justified under s. 1 of the *Charter*. Legislatures are entitled to a substantial, though not absolute, degree of latitude and deference to settle social and economic policy issues. Courts should be mindful to avoid second-guessing legislatures on controversial and complex political choices. The jurisprudence acknowledges that legislative policy-making in the domain of labour relations is better left to the political process, as a general rule. The limits at issue here are prescribed by law. The law also addresses a pressing and substantial purpose. The history of the legislation demonstrates that the Quebec National Assembly tried to address problems that had become a pressing social and economic issue, which led to a process of trial and error that lasted for several years, and is still going on.

Moreover, a rational connection existed between the means chosen by the legislature and their goal. The voting procedure constituted the fairest and most effective way to determine the representativeness of unions. The obligation to join them demonstrated the will to involve workers in the management of their association, to foster and increase their participation in union life and in union decisions, after a period when democratic values had often been flouted by local unions. The legislature viewed this form of security as a better instrument to

orientation idéologique particulière. Le fait bien connu que les syndicats participent à la vie publique au Canada ne démontre pas que chaque travailleur adhérent à un syndicat en vertu d'une disposition de sécurité syndicale devrait être considéré à première vue comme étant victime d'une violation de la *Charte*.

Il faut laisser au processus politique le soin de régler la question en jeu dans le pourvoi. Une telle solution conserve l'équilibre dans l'application de la *Charte* et laisse la gestion légale des relations du travail au Parlement et aux législatures de même qu'aux parties aux conventions collectives. La gestion des relations du travail exige un exercice délicat de conciliation des valeurs et intérêts divergents. Les considérations politiques, sociales et économiques pertinentes débordent largement du domaine d'expertise des tribunaux. Cette démarche restrictive et prudente en matière d'intervention des tribunaux dans le domaine des relations du travail reflète une bonne compréhension des fonctions des tribunaux et de celles des législatures. Dans l'application de la *Charte*, elle évite également que tout genre d'action gouvernementale visant la protection des droits de la personne soit considérée, à première vue, comme une violation de la *Charte* qui doit être justifiée aux termes de l'article premier.

Même si elle avait limité le droit de non-association garanti par l'al. 2d), la loi serait justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*. Le législateur a droit à un degré de latitude et de retenue important, mais pas absolu, pour régler les questions de politique sociale et économique. Les tribunaux doivent se garder de se substituer, après coup, aux législateurs relativement à leurs choix politiques controversés et complexes. La jurisprudence reconnaît qu'il vaut généralement mieux laisser au processus politique le soin d'élaborer les principes directeurs en matière de législation dans le domaine des relations du travail. Les limites en cause sont prescrites par une loi. La loi porte également sur un objet urgent et réel. L'historique de la loi démontre que l'Assemblée nationale du Québec a tenté de régler des problèmes qui étaient devenus une question sociale et économique urgente, ce qui a donné lieu, pendant des années, à des essais successifs qui se poursuivent d'ailleurs toujours.

De plus, il existait un lien rationnel entre les moyens choisis par le législateur et leur objectif. La façon la plus équitable et la plus efficace de déterminer la représentativité des syndicats était de tenir un scrutin. L'obligation de se joindre à eux démontrait leur volonté de faire participer les travailleurs à la gestion de leur association, de favoriser et d'accroître la participation des travailleurs à leur vie et à leurs décisions, après une période où certains syndicats locaux avaient souvent fait fi des valeurs démocratiques. Le législateur considérait cette forme de

maintain and develop democracy than the Rand formula, under which workers pay for services and have no say on the most important issues concerning the association and its members. As it still does, the construction industry played a major role in the economy and development of the province. Its labour relations were constantly in turmoil for several years. Union democracy was in peril. It had become difficult to set up a workable system of collective bargaining. A resolution of these difficulties involved both the establishment of the representative status of labour unions and the safeguarding of union democracy. The National Assembly sought, in this way, to address the objective of establishing peace and economic efficiency in the industry. Given the nature of these difficulties, the provisions involving the selection of a bargaining representative, the obligation to choose among a limited number of union groups and compulsory financial support were related to this objective. They attempted to create a workable mechanism to establish the representativeness of unions while safeguarding union pluralism. There is no evidence that any active employee association in the industry was left out of the process. On the contrary, the legislature usually tried to take into account the numerous changes in the organization of the labour groups. In this manner, these measures directly aim to further important social and economic purposes.

Viewed in the context of the particular historical experience of Quebec's labour relations, the legislation also meets the minimal impairment test. This limited form of compelled association respects fundamental democratic values. It requires only a limited commitment from construction employees. They must choose a collective bargaining agent. The legislation gives them a choice among five union groups. It appears that no new group has been left out of the process. The law also calls upon construction employers to support the chosen approach. Nothing more is imposed by the law. Finally, the advantages of the legislation clearly outweigh their limited impact upon the asserted negative right not to associate. The *Construction Act* imposes strict obligations on unions in respect of internal democracy. Any form of employment discrimination is also forbidden. The whole process of hiring has been entirely removed from union control by legislation. Through a difficult process of legislative experimentation, the legislation has reestablished a degree of peace and union democracy in the Quebec construction industry. The Court is called upon to consider the validity of a complex legislative scheme, born out of a history of attempts, failures and disappointments. At the time the present litigation started, this legislation presented the result of about 30 years of legislative work

sécurité comme un meilleur instrument de maintien et de progrès de la démocratie que la formule Rand, en vertu de laquelle les travailleurs paient pour des services sans pouvoir s'exprimer sur les questions les plus importantes concernant l'association et ses membres. L'industrie de la construction a joué et joue encore un rôle majeur dans l'économie et le développement de la province. Les relations du travail dans cette industrie étaient constamment tendues pendant plusieurs années. La démocratie syndicale restait en péril. Il était devenu difficile d'établir un régime viable de négociation collective. La résolution de ces difficultés passait tant par l'établissement du caractère représentatif des syndicats que par la protection de la démocratie syndicale. L'Assemblée nationale a cherché, de cette façon, à atteindre l'objectif de paix et d'efficacité économique dans l'industrie. Compte tenu de la nature de ces difficultés, les dispositions sur le choix d'un agent négociateur, sur l'obligation de choisir parmi un nombre limité de groupes syndicaux et sur le soutien financier obligatoire étaient liées à cet objectif. Elles visaient à créer un mécanisme fonctionnel, capable d'établir la représentativité des syndicats tout en protégeant le pluralisme syndical. Rien n'indique qu'une association d'employés active dans l'industrie ait été laissée à l'écart du processus. Au contraire, la législature tentait habituellement de tenir compte des nombreux changements dans l'organisation des groupes syndicaux. Ces mesures visent directement ainsi à favoriser la réalisation d'objectifs sociaux et économiques importants.

D'après l'expérience historique particulière du Québec en matière de relations du travail, la loi respecte également le critère de l'atteinte minimale. Cette forme limitée d'association forcée respecte les valeurs démocratiques fondamentales. Elle n'exige qu'un engagement restreint de la part des salariés de la construction. Ils doivent choisir un agent négociateur. La loi leur donne le choix entre cinq groupes syndicaux. Il ressort qu'aucun nouveau groupe n'a été laissé à l'écart du processus. Elle oblige aussi les employeurs à soutenir le régime adopté. Elle n'impose rien de plus. Enfin, les avantages de la loi l'emportent clairement sur leur effet limité sur le présumé droit négatif de ne pas s'associer. La *Loi sur la construction* impose des obligations strictes aux syndicats en matière de démocratie interne. Toute forme de discrimination dans l'emploi est également interdite. Le processus d'embauche a été entièrement soustrait au contrôle des syndicats par la loi. Par un processus difficile d'expérimentation législative, le législateur a rétabli dans une certaine mesure la paix et la démocratie syndicale dans l'industrie de la construction du Québec. La Cour est appelée à déterminer la validité d'un régime législatif complexe né d'une succession de tentatives, d'échecs et de déceptions. Au début du présent litige, cette loi représentait l'aboutissement d'environ 30 ans de travail

to create a proper system of collective bargaining in the industry. A considerable degree of deference is due to the legislature and the difficulties inherent in the art of government in such a traditionally fractious environment. Court intervention might affect sensitive aspects of a carefully balanced scheme and is not warranted in the circumstances of this case.

Per L'Heureux-Dubé J.: LeBel J.'s extensive review of the troubled history of labour relations in the Québec construction industry and of the legislative history of the *Construction Act* was agreed with, as was his conclusion that the Act is constitutional. For the reasons given by Wilson J. in *Lavigne*, however, s. 2(d) of the *Charter* includes only the positive freedom to associate. The alleged protected "right not to associate" is nowhere articulated in the *Charter*, and is antithetical to the purpose and scope of the protected right of association. The negative right does not sit well with the structure of the *Charter*. Moreover, it would trivialize the *Charter* since the recognition of such a right would have serious consequences, which would oblige the courts to adopt severe limitations to differentiate between genuine and constitutionally insignificant violations of s. 2(d). While no one should be forced to associate, s. 2(d) of the *Charter* does not offer such constitutional protection. Rather, and particularly on the narrowly circumscribed definition of that right and numerous built-in exceptions adopted by LeBel J., the constitutional guarantee of freedom of expression under s. 2(b) will come into play if and when one is forced to associate, as well as possibly s. 7 of the *Charter*.

Negative rights are viewed as individual rights embodying individual goals: an individual is given the constitutional right not to belong to an association. If the fundamental purpose of freedom of association is to permit the collective pursuit of common goals, then the very concept of a "negative freedom of association" becomes suspect. The collective pursuit of "common goals" in such a context leads to an abstraction which is difficult to justify.

The course of judicial restraint suggests that no new constitutional doctrine should be developed if existing doctrine could resolve the issue. Constitutional remedies are powerful tools which ought to be used with prudence. When required, however, they should be applied with vigour and in a purposive manner. An additional reason for caution is based on the fact that the impetus for efforts to establish the negative right to association has historically originated with those opposed to the establishment

législatif visant à créer un régime approprié de négociation collective dans l'industrie. Il faut faire preuve de beaucoup de retenue envers la législature, compte tenu des difficultés inhérentes à l'art de gouverner dans un environnement traditionnellement aussi conflictuel. L'intervention de la Cour risquerait d'affecter des composantes délicates d'un régime soigneusement équilibré et n'est pas justifiée dans les circonstances de la présente affaire.

Le juge L'Heureux-Dubé : Il y a accord avec la revue exhaustive que fait le juge LeBel de l'histoire mouvementée des relations du travail dans le secteur de la construction au Québec et du contexte législatif de la *Loi sur la construction* ainsi qu'avec sa conclusion que la loi est constitutionnelle. Toutefois, pour les motifs exposés par le juge Wilson dans l'arrêt *Lavigne*, l'al. 2d) de la *Charte* n'inclut que la liberté positive de s'associer. Le présumé « droit de ne pas s'associer » n'est formulé nulle part dans la *Charte*, et il est à l'opposé de l'objet et de la portée du droit d'association protégé. Ce droit négatif s'inscrit mal dans le régime de la *Charte*. De plus, il banalise la *Charte* puisque la reconnaissance d'un tel droit aurait de sérieuses conséquences, qui obligerait les tribunaux à poser des limites strictes pour différencier les véritables violations de l'al. 2d) de celles qui sont triviales sur le plan constitutionnel. Même si personne ne devrait être forcé de s'associer, l'al. 2d) de la *Charte* n'offre pas une telle protection constitutionnelle. Plutôt, surtout compte tenu de l'interprétation restrictive de ce droit et des nombreuses exceptions intrinsèques adoptées par le juge LeBel, la garantie constitutionnelle de liberté d'expression prévue par l'al. 2b) est celle qui entre en jeu en cas d'association forcée, de même que possiblement la garantie prévue à l'art. 7 de la *Charte*.

Les droits négatifs sont considérés comme des droits individuels incarnant des objectifs individuels : la Constitution garantit à tout individu le droit de ne pas être membre d'une association. Si l'objet fondamental de la liberté d'association est de permettre la poursuite collective d'objectifs communs, la notion même de « liberté d'association négative » devient suspecte. Dans un tel contexte, la « poursuite collective d'objectifs communs » mène à une abstraction difficile à justifier.

Selon la voie de la retenue judiciaire, les tribunaux doivent se garder d'établir de nouveaux principes constitutionnels si les principes existants permettent de trancher la question. Les réparations prévues dans la Constitution sont de puissants outils qu'on doit utiliser avec prudence. Lorsqu'il le faut, toutefois, ils doivent être utilisés avec vigueur et en fonction de l'objet visé. Le fait que ce soient les opposants à l'établissement ou au maintien d'associations de travailleurs qui ont traditionnellement

or maintenance of labour associations. The creation and application of new judicial tools, featuring a questionable mark of origin, will inevitably generate new jurisprudence to which there are certain risks attached. Such a development may not be viewed as prudent, especially in light of the fact that there is no need to take such a risk because proven alternatives are available.

Per Iacobucci J.: The freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter* encompasses a negative right to be free from compelled association, which is infringed by the legislation at issue here. An analysis that construes the negative freedom within s. 2(d) more broadly than the “ideological conformity” test should be adopted. Where the state obliges an association of individuals whose affiliation is already compelled by the facts of life (such as in the workplace), and the association serves the common good or furthers the collective social welfare, s. 2(d) will not be violated unless the forced association imposes a danger to a specific liberty interest. The state-imposed association established by the *Construction Act* does not promote the common good or further the collective social welfare within the context of s. 2(d) of the *Charter*. The legislation fails to provide any justification for the compelled union association that it envisages for Quebec’s construction industry. Membership in union groups is not contingent upon any competency requirements and there is thus no public assurance that workers within these groups will have the necessary skills and abilities to carry out their trade. Furthermore, the provisions of this legislation impair the appellants’ liberty interests. The present appeal involves construction workers in Quebec who have no choice but to unionize in order to carry out their work. Their liberty is further restricted by the fact that they must become members of one of five union groups that have been specifically accepted by the state. However, the legislation is justified under s. 1 of the *Charter*. The *Construction Act* was adopted within a unique and complex historical context, and served to promote distinct social and economic objectives that were, and remain, pressing and substantial. Further, for the reasons given by LeBel J., the legislation is rationally connected to these objectives, it minimally impairs the freedoms guaranteed under s. 2(d), and its benefits outweigh its deleterious effects.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache and Binnie JJ. (dissenting): Section 2(d) of the *Charter* implies a negative right not to associate. The test for an infringement of this right, however, is not whether there is evidence of ideological coercion or conformity imposed by the forced association. For ideological conformity to

été les instigateurs des tentatives d’établissement du droit négatif d’association constitue une raison de plus d’être prudent. La création et l’application de nouveaux outils judiciaires d’origine douteuse engendreront inévitablement une nouvelle jurisprudence assortie de certains risques. Une telle évolution peut ne pas être considérée comme prudente, surtout parce qu’il est inutile de prendre un tel risque puisqu’il existe des solutions de rechange reconnues.

Le juge Iacobucci : La liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte* comporte le droit négatif de ne pas être forcé de s’associer, auquel les dispositions législatives en cause en l’espèce portent atteinte. Il faudrait adopter une analyse qui interprète la liberté négative que comporte l’al. 2d) plus largement que le critère de la « conformité idéologique ». Lorsque l’État impose l’association d’individus dont l’affiliation découle déjà des nécessités de la vie (comme dans un lieu de travail) et que l’association sert le bien commun ou favorise le bien-être social, il n’y a pas atteinte à l’al. 2d) à moins que l’association forcée ne compromette un droit spécifique à la liberté. L’association que l’État impose par le biais de la *Loi sur la construction* ne sert pas le bien commun ni ne favorise le bien-être social dans le contexte de l’al. 2d) de la *Charte*. Les dispositions législatives en question ne justifient aucunement l’adhésion syndicale forcée qu’elles prévoient pour le secteur de la construction du Québec. L’appartenance aux groupes syndicaux ne dépend pas du respect d’exigences de compétence, de sorte qu’il n’y a aucune garantie publique que les travailleurs faisant partie de ces groupes possèdent les aptitudes et habiletés nécessaires pour exercer leur métier. De plus, cette loi porte atteinte aux droits à la liberté des appellants. Le présent pourvoi concerne des travailleurs de la construction au Québec qui n’ont pas d’autre choix que de se syndiquer pour pouvoir travailler. Le fait qu’ils doivent adhérer à l’un des cinq groupes syndicaux expressément acceptés par l’État restreint davantage leur liberté. Toutefois, la loi est justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. La *Loi sur la construction* a été adoptée dans un contexte historique unique et complexe et a servi à favoriser des objectifs sociaux et économiques distincts qui étaient, et demeurent, urgents et réels. En outre, pour les motifs exposés par le juge LeBel, la loi est rationnellement liée à ces objectifs, elle porte atteinte de façon minimale aux libertés garanties par l’al. 2d) et ses avantages l’emportent sur ses effets préjudiciables.

Le juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache et Binnie (dissidents) : L’alinéa 2d) de la *Charte* comporte le droit négatif de ne pas s’associer. Toutefois, le critère permettant de déterminer s’il y a eu atteinte à ce droit ne consiste pas à savoir s’il y a preuve de coercion ou conformité idéologique imposée par l’association

exist, it is not necessary that there be evidence of an imposition of union values or opinions on the member, evidence of a limitation of the member's free expression, or evidence that the union participates in causes and activities of which the member disapproves. The interpretation of ideological conformity must be broader and take place in context. In this case, this context would take into account the true nature of unions as participatory bodies holding political and economic roles in society which, in turn, translates into the existence of ideological positions. To mandate that an individual adhere to such a union is ideological conformity.

The challenged statutory provisions infringe the negative right which forms part of s. 2(d). Under the *Construction Act*, membership in one of the unions is obligatory. Furthermore, membership has meaning. Membership is about sharing values, joining to pursue goals in common, expressing views reflecting the position of a particular group in society. It is because of the collective force produced by membership that unions can be a potent force in public debate, that they can influence Parliament and the legislatures in their functions, that they can bargain effectively. This force must be constituted democratically to conform to s. 2(d).

It is not necessary to have more independent evidence of the ideological views of the specific unions involved in this case. It is in fact sufficient that adherence is required to a scheme advocating state-imposed compulsory membership which affects freedom of conscience and expression, as well as liberty and mobility interests, for it to have a negative impact on the right to work, because such adherence itself is a form of ideological coercion. Ideological constraint exists in particular where membership numbers are used to promote ideological agendas and this is so even where there is no evidence that the union is coercing its members to believe in what it promotes.

In this case, workers objected to being forced to join a union and objected generally to the compulsory unionization scheme, which is ideological in nature. This is a case where the freedom not to associate is markedly infringed. It is a clear situation of government coercion, the result of which mandates that workers in the construction industry in Quebec group together in a few unions which are specified and approved by government. The fact that there are five unions from which workers can choose in no way negates this infringement for it remains government-mandated group affiliation. Self-realization of the worker is violated in many ways. He or she must

forcée. Pour qu'il y ait conformité idéologique, il ne faut pas la preuve que le syndicat impose ses valeurs ou opinions au membre, que la liberté d'expression du membre se trouve limitée ou que le syndicat participe à des causes ou activités que celui-ci désapprouve. L'interprétation de la conformité idéologique doit être plus large et tenir compte du contexte. En l'espèce, le contexte à prendre en considération est la nature véritable des syndicats en tant qu'organismes participatifs assumant des rôles politiques et économiques dans la société, qui donne lieu à son tour à des positions idéologiques. Imposer l'adhésion à un tel syndicat relève de la conformité idéologique.

Les dispositions législatives contestées portent atteinte au droit négatif que comporte l'al. 2d). En vertu de la *Loi sur la construction*, il est obligatoire d'être membre de l'un des syndicats. En outre, être membre a un sens. Être membre signifie partager des valeurs, s'unir pour atteindre des buts communs, exprimer des opinions reflétant la position d'un groupe particulier dans la société. C'est grâce à la force collective des membres que les syndicats peuvent constituer une puissante force dans le débat public, qu'ils peuvent influencer le Parlement et les législatures dans leurs fonctions et qu'ils peuvent négocier efficacement. Cette force doit être constituée démocratiquement pour être conforme à l'al. 2d).

Il n'est pas nécessaire d'avoir une preuve plus indépendante de l'idéologie des syndicats particuliers visés en l'espèce. Il suffit en fait d'exiger l'adhésion à un régime prévoyant la syndicalisation obligatoire imposée par l'État qui touche la liberté de conscience et d'expression de même que les droits à la liberté et à la liberté de circulation et d'établissement pour qu'il y ait un effet négatif sur le droit au travail, parce qu'une telle adhésion constitue en soi une forme de coercion idéologique. Il y a contrainte idéologique notamment lorsqu'on recourt au nombre d'adhérents pour promouvoir des visées idéologiques et il en est ainsi même quand rien n'indique que le syndicat exerce des pressions sur ses membres pour qu'ils adhèrent à sa cause.

En l'espèce, les travailleurs refusent d'être forcés d'adhérer à un syndicat et s'opposent de façon générale au régime de syndicalisation obligatoire, qui est de nature idéologique. Dans cette affaire, il y a manifestement atteinte à la liberté de ne pas s'associer. C'est un cas manifeste de coercion gouvernementale, où les travailleurs du secteur de la construction au Québec sont forcés de se regrouper en quelques syndicats désignés et approuvés par le gouvernement. Le fait que les travailleurs puissent choisir entre cinq syndicats ne veut absolument pas dire qu'il n'y ait pas eu atteinte, car cela demeure une affiliation à un groupe imposée par

unionize. Within the prescribed regime, democracy is further restricted by limited choice. There is no guarantee that a majority of voters will exercise their right. A default provision can determine the outcome of elections. Those voting for minority associations may be left out of future negotiations. When freedom not to associate is considered in light of other *Charter* values, including liberty, freedom of conscience and expression, mobility and the right to work, it must be concluded that governmental mandatory union association infringes this important *Charter* right. Ideological conformity is engaged in particular because the members of the associations necessarily participate in and indirectly support a system of forced association and state control over work opportunity. This is a situation whereby the democratic rights of workers are taken away. Being forced to accept and participate in a system that severely limits the democratic principle in the area of labour relations is a form of coercion that cannot be segregated totally from ideological conformity.

There is also a breach of the positive right to associate. There are severe restrictions on the right of a person to join one of the five chosen unions in order to work in the construction industry in Quebec. Even if the conditions imposed by s. 30 of the *Construction Act* were permissible limitations on freedom of association, the regional quotas would still need to be justified under s. 1. They unduly infringe the ability of workers to join a union, which is a prerequisite for working in the construction industry in Quebec. As such, they are an infringement of the s. 2(d) freedom of association.

The infringement of s. 2(d) is not justifiable. In determining whether this infringement can be justified by s. 1, this Court must again take into consideration *Charter* values including liberty, freedom of expression, the right to work and mobility rights. While it is in the public interest to have structured collective bargaining and to provide for competency requirements, and these are no doubt pressing and substantial objectives, they are not the true objectives of the impugned provisions. The legislation brings into play restrictions on the admission to the industry, cancellation of the ability to have a non-unionized business, restrictions on bargaining rights, imposition of regional quotas and impingement of regional mobility. It has not been demonstrated that there is a logical relationship between the legislation's stated objec-

le gouvernement. L'accomplissement personnel du travailleur n'est pas respecté à bien des égards. Ce dernier doit se syndiquer. Dans le cadre du régime prescrit, la démocratie est restreinte en plus par le choix limité. Rien ne garantit que la majorité des électeurs exerceront leur droit. Une disposition applicable par défaut peut déterminer l'issue des élections. Ceux qui votent pour des associations minoritaires peuvent être laissés à l'écart des négociations futures. Lorsqu'on examine la liberté de ne pas s'associer en fonction des autres valeurs véhiculées par la *Charte*, notamment la liberté, la liberté de conscience et d'expression, la liberté de circulation et d'établissement et le droit au travail, il faut conclure que l'association syndicale imposée par le gouvernement porte atteinte à ce droit important garanti par la *Charte*. La conformité idéologique entre en jeu surtout parce que les membres des associations participent par nécessité à un régime d'association forcée et de contrôle étatique des possibilités d'emploi, et l'appuient indirectement. C'est un cas où les droits démocratiques des travailleurs sont retirés. Être forcé d'accepter un régime restreignant de façon importante le principe démocratique en matière de relations du travail et d'y participer constitue une forme de coercition qui ne peut pas être totalement séparée de la conformité idéologique.

Il y a également atteinte au droit positif de s'associer. Il y a des restrictions importantes au droit d'une personne d'adhérer à l'un des cinq syndicats désignés pour pouvoir travailler dans le secteur de la construction au Québec. Même si les conditions imposées par l'art. 30 de la *Loi sur la construction* étaient des limites permises à la liberté d'association, les quotas régionaux devraient être justifiés aux termes de l'article premier. Ils portent indûment atteinte à la capacité des travailleurs d'adhérer à un syndicat, ce qui est une condition préalable à l'emploi dans le secteur de la construction au Québec. En soi, ils constituent une atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2d).

La violation de l'al. 2d) ne peut pas se justifier. Pour déterminer si cette violation peut se justifier aux termes de l'article premier, la Cour doit encore une fois prendre en considération les valeurs véhiculées par la *Charte*, notamment la liberté, la liberté d'expression, le droit au travail et le droit de circulation et d'établissement. Même s'il est dans l'intérêt public qu'il y ait une négociation collective structurée et que des exigences de compétence soient prévues, et il s'agit sans aucun doute d'objectifs urgents et réels, il ne s'agit pas des véritables objectifs des dispositions contestées. La loi entraîne des restrictions à l'admission dans le secteur industriel, le retrait de la possibilité qu'il y ait des entreprises non syndiquées, des restrictions aux droits de négociation, l'imposition de quotas régionaux et l'empiétement sur la liberté de circu-

tives and these restrictions. Any justification based on competency is untenable. The actual requirements of s. 30 and the regional quotas have little if anything to do with the professional competence of workers in the construction industry. Being a resident of Quebec in the previous year, having worked a set number of hours in that year, and being less than 50 years old, do not verify competence. The same may be said for the regional quotas and control over regional mobility within the province. There is accordingly no rational connection between the objective and the measures taken. Moreover, the requirements of the minimal impairment branch of the proportionality test have not been met. If the purpose of the legislation is viewed as ensuring the competency of construction workers, neither the limitation of the "freedom to associate" nor the limitation of the "freedom from association" is minimally impairing. Section 30 and the regional quotas have little or nothing at all to do with competence and therefore cannot be viewed as minimal impairments of s. 2(d).

Cases Cited

By LeBel J.

Considered: *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; **referred to:** *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *International Longshoremen's and Warehousemen's Union — Canada Area Local 500 v. Canada*, [1994] 1 S.C.R. 150; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157;

ler et de s'établir dans toute région. L'existence d'un lien logique entre les objectifs que la loi énonce et ces restrictions n'a pas été démontrée. Toute justification fondée sur la compétence est insoutenable. Les véritables exigences de l'art. 30 et les quotas régionaux n'ont pratiquement rien à voir avec la compétence professionnelle des travailleurs dans le secteur de la construction. Le fait d'avoir résidé au Québec au cours de l'année précédente, d'avoir travaillé un nombre d'heures déterminé cette année-là et d'être âgé de moins de 50 ans ne permet pas de vérifier la compétence. On peut en dire autant des quotas régionaux et des restrictions à la circulation et à l'établissement dans toute région de la province. Il n'y a donc aucun lien rationnel entre l'objectif et les mesures prises. De plus, les exigences d'atteinte minimale que comporte le critère de la proportionnalité n'ont pas été respectées. Si on considère que la loi a pour objet d'assurer la compétence des travailleurs de la construction, ni la restriction de la « liberté de s'associer » ni celle de la « liberté de ne pas s'associer » ne constituent une atteinte minimale. L'article 30 et les quotas régionaux n'ont rien ou presque rien à voir avec la compétence, de sorte qu'ils ne peuvent pas être considérés comme des atteintes minimales à l'al. 2d).

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts examinés : *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; **arrêts mentionnés :** *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Syndicat international des débardeurs et magasiniers — Canada, section locale 500 c. Canada*, [1994] 1 R.C.S. 150; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997]

U.E.S., Local 298 v. Bibeault, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeyman and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.*, 335 U.S. 525 (1949); *American Federation of Labor v. American Sash & Door Co.*, 335 U.S. 538 (1949); *Railway Employees' Department v. Hanson*, 351 U.S. 225 (1956); *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961); *Brotherhood of Railway and Steamship Clerks v. Allen*, 373 U.S. 113 (1963); *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline & Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984); *Chicago Teachers Union, Local No. 1 v. Hudson*, 475 U.S. 292 (1986); *Communications Workers of America v. Beck*, 487 U.S. 735 (1988); *Lehnert v. Ferris Faculty Association*, 500 U.S. 507 (1991); Eur. Court H.R., *Young, James and Webster* judgment of 13 August 1981, Series A No. 44; Eur. Court H.R., *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* judgment of 23 June 1981, Series A No. 43; Eur. Court H.R., *Sigurjónsson v. Iceland* judgment of 30 June 1993, Series A No. 264; Eur. Court H.R., *Gustafsson v. Sweden* judgment of 25 April 1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-II*; *Chassagnou and Others v. France* [GD], Nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, ECHR 1999-III; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

By L'Heureux-Dubé J.

Considered: *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; **referred to:** *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Canadian Egg Marketing Agency v.*

3 R.C.S. 569; Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson, [1998] 3 R.C.S. 157; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Lincoln Federal Labor Union c. Northwestern Iron & Metal Co.*, 335 U.S. 525 (1949); *American Federation of Labor c. American Sash & Door Co.*, 335 U.S. 538 (1949); *Railway Employees' Department c. Hanson*, 351 U.S. 225 (1956); *International Association of Machinists c. Street*, 367 U.S. 740 (1961); *Brotherhood of Railway and Steamship Clerks c. Allen*, 373 U.S. 113 (1963); *Abood c. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *Ellis c. Brotherhood of Railway, Airline & Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984); *Chicago Teachers Union, Local No. 1 c. Hudson*, 475 U.S. 292 (1986); *Communications Workers of America c. Beck*, 487 U.S. 735 (1988); *Lehnert c. Ferris Faculty Association*, 500 U.S. 507 (1991); Cour eur. D.H., arrêt *Young, James et Webster* du 13 août 1981, série A n° 44; Cour eur. D.H., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, série A n° 43; Cour eur. D.H., arrêt *Sigurjónsson c. Islande* du 30 juin 1993, série A n° 264; Cour eur. D.H., arrêt *Gustafsson c. Suède* du 25 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions 1996-II*; *Chassagnou et autres c. France* [GC], n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, CEDH 1999-III; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt examiné : *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; **arrêts mentionnés :** *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Office canadien de*

Richardson, [1998] 3 S.C.R. 157; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Merry v. Manitoba and Manitoba Medical Association* (1989), 58 Man. R. (2d) 221; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; Eur. Court H.R., *Sigurjónsson v. Iceland* judgment of 30 June 1993, Series A No. 264; *Chassagnou and Others v. France* [GD], Nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, ECHR 1999-III.

By Iacobucci J.

Considered: *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211.

By Bastarache J. (dissenting)

Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union, [1991] 2 S.C.R. 211; *Ford Motor Co. of Canada v. U.A.W.-I.C.O.* (1946), 46 C.L.L.C. ¶18,001; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

Statutes and Regulations Cited

Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry, R.S.Q., c. R-20, ss. 1, 17(9), 27, 28-40, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 36.1 [ad. 1996, c. 74, s. 36], 38, 39, 41, 42.1, 85.5, 85.6, 94, 95, 96, 99, 101, 102, 104, 119, 119.1, 120, 124.

Act to amend the Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry and other legislative provisions, S.Q. 1993, c. 61, s. 15(3).

Act to amend the Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry and other legislative provisions, S.Q. 1994, c. 8.

African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 10(2).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d), 6, 7, 15, 23, 32.

commercialisation des œufs c. Richardson, [1998] 3 R.C.S. 157; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Merry c. Manitoba and Manitoba Medical Association* (1989), 58 Man. R. (2d) 221; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; Cour eur. D.H., arrêt *Sigurjónsson c. Islande* du 30 juin 1993, série A n° 264; *Chassagnou et autres c. France* [GC], n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, CEDH 1999-III.

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt examiné : *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211; *Ford Motor Co. of Canada c. U.A.W.-I.C.O.* (1946), 46 C.L.L.C. ¶18,001; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

Lois et règlements cités

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 10(2).

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2(b), d), 6, 7, 15, 23, 32.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2085, 2097.

Code de procédure pénale, L.R.Q., ch. C-25.1.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 47.

Code du travail, S.Q. 1963-64, ch. 45.

Code du travail, R.S.Q. 1964, ch. 141.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 9, 10, 11.

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 20.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

- Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 2085, 2097.
Code of Penal Procedure, R.S.Q., c. C-25.1.
Collective Agreement Decrees Act, R.S.Q. 1964, c. 143 (now R.S.Q., c. D-2).
Collective Labour Agreements Extension Act, S.Q. 1934, c. 56.
Constitution Act, 1982, s. 35.
Construction Industry Labour Relations Act, S.Q. 1968, c. 45, ss. 3, 59.
Election Act, R.S.Q., c. E-3.3.
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, arts. 9, 10, 11.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171.
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3, arts. 6, 8(1)(a).
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 47.
Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141.
Labour Code, S.Q. 1963-64, c. 45.
Labour Relations Act, R.S.Q. 1941, c. 162A.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. P-35.
Referendum Act, R.S.Q., c. C-64.1.
Regulation respecting the election of a representative association by the employees of the construction industry, (1997) 129 O.G. II, 1866, s. 23.
Regulation respecting the issuance of competency certificates, (1987) 119 O.G. II, 1471 [am. (1989) 121 O.G. II, 2782], ss. 1, 2, 2.1, 3, 4, 4.1.
Regulation respecting the placement of employees in the construction industry, R.R.Q. 1981, c. R-20, r. 10, ss. 6, 10.
Regulation respecting the registration certificate issued by the Office de la construction du Québec, R.R.Q. 1981, c. R-20, r. 3 [repealed in 1997], ss. 1, 3.
Regulation respecting the vocational training and qualification of manpower in the construction industry, R.R.Q. 1981, c. F-5, r. 3, ss. 7, 16, Schedule B.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 20.
Loi des décrets de convention collective, S.R.Q. 1964, ch. 143 (maintenant L.R.Q., ch. D-2).
Loi des relations du travail dans l'industrie de la construction, S.Q. 1968, ch. 45, art. 3, 59.
Loi des relations ouvrières, S.R.Q. 1941, ch. 162A.
Loi électorale, L.R.Q., ch. E-3.3.
Loi modifiant la Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction et modifiant d'autres dispositions législatives, L.Q. 1993, ch. 61, art. 15(3).
Loi modifiant la Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction et modifiant d'autres dispositions législatives, L.Q. 1994, ch. 8.
Loi relative à l'extension des conventions collectives de travail, S.Q. 1934, ch. 56.
Loi sur la consultation populaire, L.R.Q., ch. C-64.1.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-35.
Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction, L.R.Q., ch. R-20, art. 1, 17(9), 27, 28-40, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 36.1 [aj. 1996, ch. 74, art. 36], 38, 39, 41, 42.1, 85.5, 85.6, 94, 95, 96, 99, 101, 102, 104, 119, 119.1, 120, 124.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3, art. 6, 8(1)a).
Règlement sur la délivrance des certificats de compétence, (1987) 119 G.O. II, 2351 [mod. (1989) 121 G.O. II, 3782], art. 1, 2, 2.1, 3, 4, 4.1.
Règlement sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre de l'industrie de la construction, R.R.Q. 1981, ch. F-5, r. 3, art. 7, 16, Annexe B.
Règlement sur le certificat d'enregistrement délivré par l'Office de la construction du Québec, R.R.Q. 1981, ch. R-20, r. 3 [abrogé en 1997], art. 1, 3.
Règlement sur le choix d'une association représentative par les salariés de l'industrie de la construction, (1997) 129 G.O. II, 2447, art. 23.
Règlement sur le placement des salariés dans l'industrie de la construction, R.R.Q. 1981, ch. R-20, r. 10, art. 6, 10.

Authors Cited

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated November 2000, release 14).
 Beaudry, Christian, et Claudine Roy. "Aperçu du contexte législatif", dans Ogilvy Renault, *La*

Doctrine citée

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated November 2000, release 14).
 Beaudry, Christian, et Claudine Roy. « Aperçu du contexte législatif », dans Ogilvy Renault, *La*

- construction au Québec: perspectives juridiques*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998, 1.
- Bercusson, Brian. *European Labour Law*. Toronto: Butterworths, 1997.
- Blais, André, et al. "Making Sense of the Vote in the 2000 Canadian Election", paper prepared for the 2001 Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, Quebec City, May 2001.
- Boivin, Jean, et Jacques Guilbault. *Les relations patronales-syndicales au Québec*. Chicoutimi, Qué.: Gaëtan Morin, 1982.
- Boyer, J. Patrick. *Money and Message: The Law Governing Election Financing, Advertising, Broadcasting and Campaigning in Canada*. Toronto: Butterworths, 1983.
- Brunelle, Christian. *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.
- Cantor, Norman L. "Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association" (1983-1984), 36 *Rutgers L. Rev.* 3.
- Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.
- Dickson, Brian. "The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Context and Evolution", in Gerald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 1.
- Dion, Gérard. "Jurisdictional Disputes", in H. Carl Goldenberg and John H. G. Crispo, eds., *Construction Labour Relations*. Ottawa: Canadian Construction Association, 1968, 333.
- Dubé, Jean-Louis. *Décrets et comités paritaires: L'extension juridique des conventions collectives*. Sherbrooke, Qué.: Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1990.
- Dunberry, Éric. "Les ententes de libéralisation des marchés", dans Ogilvy Renault, *La construction au Québec: perspectives juridiques*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998, 45.
- Etherington, Brian. "Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 1.
- Etherington, Brian. "*Lavigne v. OPSEU: Moving Toward or Away From a Freedom to Not Associate?*" (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 533.
- Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2^e éd. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.
- construction au Québec: perspectives juridiques*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998, 1.
- Bercusson, Brian. *European Labour Law*. Toronto: Butterworths, 1997.
- Blais, André, et al. « Making Sense of the Vote in the 2000 Canadian Election », paper prepared for the 2001 Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, Quebec City, May 2001.
- Boivin, Jean, et Jacques Guilbault. *Les relations patronales-syndicales au Québec*. Chicoutimi, Qué.: Gaëtan Morin, 1982.
- Boyer, J. Patrick. *Money and Message: The Law Governing Election Financing, Advertising, Broadcasting and Campaigning in Canada*. Toronto: Butterworths, 1983.
- Brunelle, Christian. *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.
- Cantor, Norman L. « Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association » (1983-1984), 36 *Rutgers L. Rev.* 3.
- Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.
- Dickson, Brian. « The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Context and Evolution », dans Gerald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996, 1.
- Dion, Gérard. « Les conflits de juridiction », dans H. Carl Goldenberg et John H. G. Crispo, dir., *Les relations de travail dans l'industrie de la construction*. Ottawa: Association canadienne de la construction, 1968, 379.
- Dubé, Jean-Louis. *Décrets et comités paritaires: L'extension juridique des conventions collectives*. Sherbrooke, Qué.: Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1990.
- Dunberry, Éric. « Les ententes de libéralisation des marchés », dans Ogilvy Renault, *La construction au Québec: perspectives juridiques*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998, 45.
- Etherington, Brian. « Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate » (1987), 19 *R.D. Ottawa* 1.
- Etherington, Brian. « *Lavigne v. OPSEU: Moving Toward or Away From a Freedom to Not Associate?* » (1991), 23 *R.D. Ottawa* 533.
- Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.

- Gaudreault-DesBiens, Jean-François. *Le sexe et le droit : Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*. Montréal: Liber; Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.
- Hébert, Gérard. *Labour Relations in the Quebec Construction Industry, Part I: The System of Labour Relations*. Ottawa: Economic Council of Canada, 1977.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).
- Hutchinson, Allan C. *Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.
- Leclerc, Claudine, et Jean Sexton. *La sécurité d'emploi dans l'industrie de la construction au Québec: un rêve impossible?* Québec: Presses de l'Université Laval, 1983.
- MacNeil, Michael, Michael Lynk and Peter Engelmann. *Trade Union Law in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 2000, release 6).
- Mandel, Michael. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1994.
- Mazeaud, Antoine. *Droit du travail*, 2^e éd. Paris: Montchrestien, 2000.
- Mireault, Réal. "Témoignage sur l'évolution du régime des relations du travail dans le secteur de la construction", dans Rodrigue Blouin, dir., *Vingt-cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990, 599.
- Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. *Le droit de l'emploi au Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998.
- Murray, Gregor, et Pierre Verge. *La représentation syndicale: Visage juridique actuel et futur*. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1999.
- Quebec. Commission de la construction, Service recherche et organisation. *Analyse de l'industrie de la construction au Québec 1992*. Montréal: Le Service, 1993.
- Quebec. Commission de la construction, Service recherche et organisation. *Historique des relations du travail dans l'industrie de la construction au Québec*, décembre 1990.
- Quebec. *Débats de l'Assemblée législative*, 3^e sess., 28^e lég., vol. 7, n^o 105, 16 décembre 1968, p. 4987, 4998.
- Quebec. *Rapport de la Commission d'enquête sur l'exercice de la liberté syndicale dans l'industrie de la construction*. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1975.
- Quebec. *Rapport de la Commission sur la stabilisation du revenu et de l'emploi des travailleurs de l'industrie*
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2^e éd. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François. *Le sexe et le droit : Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*. Montréal: Liber; Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.
- Hébert, Gérard. *Les relations du travail dans la construction au Québec, Première partie : Régime des relations du travail*. Ottawa: Conseil économique du Canada, 1977.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).
- Hutchinson, Allan C. *Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.
- Leclerc, Claudine, et Jean Sexton. *La sécurité d'emploi dans l'industrie de la construction au Québec: un rêve impossible?* Québec: Presses de l'Université Laval, 1983.
- MacNeil, Michael, Michael Lynk and Peter Engelmann. *Trade Union Law in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 2000, release 6).
- Mandel, Michael. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*. Toronto: Thompson Educational Publishing, 1994.
- Mazeaud, Antoine. *Droit du travail*, 2^e éd. Paris: Montchrestien, 2000.
- Mireault, Réal. « Témoignage sur l'évolution du régime des relations du travail dans le secteur de la construction », dans Rodrigue Blouin, dir., *Vingt-cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990, 599.
- Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. *Le droit de l'emploi au Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998.
- Murray, Gregor, et Pierre Verge. *La représentation syndicale: Visage juridique actuel et futur*. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1999.
- Quebec. Commission de la construction, Service recherche et organisation. *Analyse de l'industrie de la construction au Québec 1992*. Montréal: Le Service, 1993.
- Quebec. Commission de la construction, Service recherche et organisation. *Historique des relations du travail dans l'industrie de la construction au Québec*, décembre 1990.
- Quebec. *Débats de l'Assemblée législative*, 3^e sess., 28^e lég., vol. 7, n^o 105, 16 décembre 1968, p. 4987, 4998.
- Quebec. *Rapport de la Commission d'enquête sur l'exercice de la liberté syndicale dans l'industrie de la construction*. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1975.

de la construction. Québec: Publications du Québec, 1990.

Québec. *Rapport du Comité d'étude et de révision de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*, vol. 1. Montréal: Ministère du travail et de la main-d'œuvre, 1978.

Verge, Pierre, et Gregor Murray. *Le droit et les syndicats : aspects du droit syndical québécois*. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.

Verge, Pierre, et Guylaine Vallée. *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.

Weiss, Manfred. "Workers' Participation in the European Union", in P. Davies et al., eds., *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*. Oxford: Clarendon Press, 1996, 213.

Wright, David. "Unions and Political Action: Labour Law, Union Purposes and Democracy" (1998), 24 *Queen's L.J.* 1.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] Q.J. No. 4173 (QL), dismissing an application for leave to appeal a judgment of the Superior Court, [1998] R.J.Q. 911 (*sub nom. Thériault v. R.*), affirming Judge Bonin's dismissal of the appellants' constitutional challenge and convicting them of offences under the *Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry*. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Major, Bastarache and Binnie JJ. dissenting.

Julius H. Grey, Elizabeth Goodwin and Vincent Basile, for the appellants.

Jean-François Jobin and Benoit Belleau, for the mis en cause.

Jean Ménard, for the intervenor Commission de la construction du Québec.

Robert Toupin and Edward Kravitz, for the intervenors Centrale des syndicats démocratiques (CSD-Construction), Confédération des syndicats nationaux (CSN-Construction) and Conseil provincial du Québec des métiers de la construction (International).

Québec. *Rapport de la Commission sur la stabilisation du revenu et de l'emploi des travailleurs de l'industrie de la construction*. Québec: Publications du Québec, 1990.

Québec. *Rapport du Comité d'étude et de révision de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*, vol. 1. Montréal: Ministère du travail et de la main-d'œuvre, 1978.

Verge, Pierre, et Gregor Murray. *Le droit et les syndicats : aspects du droit syndical québécois*. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.

Verge, Pierre, et Guylaine Vallée. *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.

Weiss, Manfred. « Workers' Participation in the European Union », in P. Davies et al., eds., *European Community Labour Law : Principles and Perspectives*. Oxford: Clarendon Press, 1996, 213.

Wright, David. « Unions and Political Action : Labour Law, Union Purposes and Democracy » (1998), 24 *Queen's L.J.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] J.Q. n° 4173 (QL), rejetant une demande d'autorisation d'appel contre un jugement de la Cour supérieure, [1998] R.J.Q. 911 (*sub nom. Thériault c. R.*), qui a confirmé le rejet par le juge Bonin de la contestation constitutionnelle des appelants et qui les a déclarés coupables d'infractions à la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*. Pourvoi rejeté, le juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache et Binnie sont dissidents.

Julius H. Grey, Elizabeth Goodwin et Vincent Basile, pour les appelants.

Jean-François Jobin et Benoit Belleau, pour le mis en cause.

Jean Ménard, pour l'intervenante la Commission de la construction du Québec.

Robert Toupin et Edward Kravitz, pour les intervenants la Centrale des syndicats démocratiques (CSD-Construction), la Confédération des syndicats nationaux (CSN-Construction) et le Conseil provincial du Québec des métiers de la construction (International).

Robert Laurin and France Colette, for the intervenor Fédération des travailleurs du Québec (FTQ-Construction).

Peter A. Gall, Andrea L. Zwack and Corrado De Stefano, for the intervenor Canadian Coalition of Open Shop Contracting Associations.

Harold F. Caley, for the intervenor Canadian Office of the Building and Construction Trades Department, AFL-CIO.

The reasons of McLachlin C.J. and Major, Bastarache and Binnie JJ. were delivered by

Robert Laurin et France Colette, pour l'intervenante la Fédération des travailleurs du Québec (FTQ-Construction).

Peter A. Gall, Andrea L. Zwack et Corrado De Stefano, pour l'intervenante la Canadian Coalition of Open Shop Contracting Associations.

Harold F. Caley, pour l'intervenant le Bureau canadien du Département des métiers de la construction, FAT-COI.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache et Binnie rendus par

1

BASTARACHE J. (dissenting) — I have had the opportunity of reading the reasons of my colleagues. I respectfully disagree with L'Heureux-Dubé J. on the existence of the right to be free from compelled association. Although I appreciate the value of the long historical development discussed by LeBel J. and agree with him on the existence of the negative right just mentioned, I cannot agree with him on a number of fundamental issues. First, I have a different view of the content of freedom from association, in other words, the scope of the negative right. Second, I do not agree with the restrictive approach to the s. 1 analysis adopted by LeBel J. in this case. In addition, I believe this Court must consider the restrictions on the right to associate, the positive right, that are imposed in particular by s. 30 of the *Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry*, R.S.Q., c. R-20, and the regional regulatory quotas. The appellants directly challenged s. 30 of the Act as infringing s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; as noted by the appellants in their oral arguments, it is therefore necessary to consider all s. 2(d) issues that are raised. Based on my view of the scope of the negative right and the analysis of the infringement of the positive right, I would allow the appeal.

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — J'ai lu les motifs de mes collègues. Avec tout le respect que je dois au juge L'Heureux-Dubé, je ne saurais souscrire à son opinion sur l'existence du droit de ne pas être forcé de s'associer. Par ailleurs, je suis conscient de la valeur du long historique tracé par le juge LeBel et je suis de son avis quant à l'existence du droit négatif que je viens de mentionner, mais je ne peux être d'accord avec lui sur un certain nombre de questions fondamentales. Premièrement, j'ai une opinion différente sur le contenu de la liberté de ne pas s'associer, en d'autres termes, sur la portée du droit négatif. Deuxièmement, je ne souscris pas à l'interprétation restrictive adoptée par le juge LeBel en l'espèce au sujet de l'analyse de l'article premier. En outre, j'estime que notre Cour doit tenir compte des restrictions au droit de s'associer, soit le droit positif, qui sont imposées notamment par l'art. 30 de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20, et par les quotas régionaux prévus par règlement. Les appelants ont directement contesté l'art. 30 de la Loi au motif qu'il contrevient à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; comme ils l'ont souligné dans leur plaidoirie, il est donc nécessaire d'examiner toutes les questions liées à l'al. 2d) qui sont soulevées. Étant donné mon opinion sur la portée du droit négatif et l'analyse de l'atteinte au droit positif, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Section 2(d): The Scope of the Negative Right

LeBel J. concludes that s. 2(d) of the *Charter* implies a negative right not to associate; he states that the test for an infringement of this right is whether there is evidence of ideological coercion or conformity imposed by the forced association. Having found that no such ideological conformity exists in the present case, he finds no infringement of this right. With respect, I disagree both with the test used and his ultimate finding in the present case.

The test relied upon by LeBel J. is based primarily upon the decision of McLachlin J. (as she then was) in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211. According to LeBel J., for ideological conformity to exist, there must be evidence of an imposition of union values or opinions on the member, evidence of a limitation of the member's free expression, or evidence that the union participates in causes and activities of which the member disapproves (para. 232). In other words, LeBel J.'s interpretation of ideological conformity is a narrow one where, in order to exist, there must be some impact on the member's moral convictions. This test, as formulated by LeBel J., is, in my opinion, too narrow and results in a negative right that is too constrained. I do not agree that McLachlin J.'s opinion in *Lavigne* need be interpreted so restrictively. In my view, the interpretation of ideological conformity must be broader and take place in context. In this case, this context would take into account the true nature of unions as participatory bodies holding political and economic roles in society which, in turn, translates into the existence of ideological positions. To mandate that an individual adhere to such a union is ideological conformity.

It is evident that even prior to the coming into force of the *Charter*, ideological conformity was a major concern of the courts when considering forced association. In fact, this is shown by the Rand formula, which has been so important in

L'alinéa 2d) : La portée du droit négatif

Le juge LeBel conclut que l'al. 2d) de la *Charte* comporte le droit négatif de ne pas s'associer; il déclare que le critère permettant de déterminer s'il y a eu atteinte à ce droit consiste à savoir s'il y a une preuve de coercition ou de conformité idéologique imposée par l'association forcée. Ne constatant ici aucune conformité idéologique de cette nature, il conclut à l'absence d'atteinte à ce droit. Avec égards, je n'approuve ni le critère qu'il a utilisé ni la conclusion qu'il a tirée en fin de compte en l'espèce.

Le critère invoqué par le juge LeBel se fonde principalement sur la décision du juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211. Selon le juge LeBel, pour qu'il y ait conformité idéologique, il faut la preuve que le syndicat impose ses valeurs ou opinions au membre, que la liberté d'expression du membre se trouve limitée ou que le syndicat participe à des causes ou activités que celui-ci désapprouve (par. 232). Autrement dit, l'interprétation du juge LeBel de la conformité idéologique est étroite en ce sens que celle-ci, pour exister, doit avoir un impact sur les convictions morales du membre. J'estime que ce critère, tel qu'il est formulé par le juge LeBel, est trop restrictif et qu'il engendre un droit négatif trop limité. Je ne suis pas d'accord pour dire que l'opinion du juge McLachlin dans l'arrêt *Lavigne* doit être interprétée de façon aussi restrictive. À mon avis, l'interprétation de la conformité idéologique doit être plus large et tenir compte du contexte. En l'espèce, le contexte à prendre en considération est la nature véritable des syndicats en tant qu'organismes participatifs assumant des rôles politiques et économiques dans la société, qui donne lieu à son tour à des positions idéologiques. Imposer l'adhésion à un tel syndicat relève de la conformité idéologique.

Il est évident que même avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, la conformité idéologique était au cœur des préoccupations des tribunaux lorsqu'ils examinaient l'association forcée. En fait, la formule Rand, qui a eu tant d'importance dans l'évolution

2

3

4

the historical development of the union movement. According to Rand J., the democratic principle is an underlying value of prime importance in this analysis and any form of coercion affecting it must be taken very seriously. As noted by M. MacNeil, M. Lynk and P. Engelmann in *Trade Union Law in Canada* (loose-leaf ed.), at p. 2-13:

Rand attempted to balance the interest of individuals in not being forced to associate with an organization against their will with the interest of the majority in preventing a minority from acquiring the fruits of collective bargaining without having to pay for it. [Emphasis added.]

5

At issue in the labour dispute arbitrated by Rand J. in 1946 was whether a union shop clause could be inserted into a collective agreement. He created an alternative to the union shop clause which became widely accepted and known as the 'Rand formula'. As noted above, in *Ford Motor Co. of Canada v. U.A.W.-I.C.O.* (1946), 46 C.L.L.C. ¶18,001, Rand J. was concerned with individual workers' rights and the democratic principles underlying union membership. He stated at p. 159:

As I conceive it, from the social and economic structure in which we live I must select considerations which have attained acceptance in the public opinion of this country and which as principles are relevant to controversies of the nature of that before me;

At pp. 160 and 161, he noted that:

[O]rganized labour itself develops and depends upon power, which in turn must be met in balancing controls in relation to the individual members or workers over whom it may be exercised, as well as to industry and public.

. . .

The organization of labour must in a civilized manner be elaborated and strengthened for its essential function in an economy of private enterprise. For this there must be enlightened leadership at the top and democratic control at the bottom. . . . Hitherto the tendency has been to treat labour as making demands quite

historique du mouvement syndical, en témoigne. Selon le juge Rand, le principe démocratique est une valeur sous-jacente d'une importance fondamentale dans cette analyse et toute forme de coercion qui y porte atteinte doit être prise très au sérieux. Comme le soulignent M. MacNeil, M. Lynk et P. Engelmann dans *Trade Union Law in Canada* (éd. feuilles mobiles), p. 2-13 :

[TRADUCTION] Rand a tenté de trouver un équilibre entre l'intérêt des individus de ne pas être forcés de s'associer à une organisation contre leur gré et l'intérêt de la majorité d'empêcher la minorité de bénéficier des fruits de la négociation collective sans devoir en défrayer les coûts. [Je souligne.]

La question en litige dans le conflit de travail arbitré par le juge Rand en 1946 est de savoir si une clause d'atelier syndical peut être insérée dans une convention collective. Il a inventé une solution de rechange à la clause d'atelier syndical qui est bien acceptée et généralement connue sous le nom de « formule Rand ». Comme je l'ai mentionné, dans *Ford Motor Co. of Canada c. U.A.W.-I.C.O.* (1946), 46 C.L.L.C. ¶18,001, le juge Rand est préoccupé par les droits individuels des travailleurs et les principes démocratiques sur lesquels repose l'appartenance syndicale. Il dit à la p. 159 :

[TRADUCTION] À mon sens, je dois tirer de la structure sociale et économique dans laquelle nous vivons les considérations maintenant acceptées par l'opinion publique de ce pays qui sont des principes pertinents dans les litiges de la nature de celui dont je suis saisi;

Aux pages 160-161, il souligne que :

[TRADUCTION] [L]e mouvement syndical lui-même se développe et repose sur le pouvoir, lequel doit être tempéré par des mécanismes assurant l'équilibre des pouvoirs eu égard aux membres ou travailleurs sur lesquels il peut être exercé de même qu'au secteur industriel et au public.

. . .

L'organisation du travail doit être élaborée et fortifiée de façon civilisée pour jouer son rôle essentiel dans une économie fondée sur l'entreprise privée. Pour cela, il doit y avoir une direction éclairée au sommet et un contrôle démocratique à la base [. . .] Jusqu'à présent, la tendance est de considérer les syndicats comme faisant

unwarranted on any basis of democratic freedom in relation to property and business and the ordinary mode of settling labour disputes, a piecemeal concession in appeasement. I cannot see much effort to place conciliation on principle and although at once I disclaim any hope of doing more than to suggest principle through a slightly altered approach, I must at least make that attempt. [Emphasis added.]

He continued, at p. 163, discussing the balancing of union security with that of individual choice. He remarked:

What is asked for is a union shop with a check-off. A union shop permits the employer to engage employees at large, but requires that within a stated time after engagement they join the union or be dismissed if they do not. This is to be distinguished from what is known as a “closed shop” in which only a member of the union can be originally employed, which in turn means that the union becomes the source from which labour is obtained.

. . . Where there is a closed or union shop, the check-off becomes less significant because of the fact that expulsion from the union requires dismissal from employment.

In addition to the foregoing of which there may be many modifications, there is what is known as “maintenance of membership” which is a requirement that an employee member of a union maintain that membership as a condition to his continuing employment for a stated time, generally the life of an agreement. . . .

Basing my judgment on principles which I think the large majority of Canadians accept, I am unable in the circumstances to award a union shop. It would subject the Company’s interest in individual employees and their tenure of service to strife within the union and between them and the union which, with extraordinary consequences, . . . and it would deny the individual Canadian the right to seek work and to work independently of personal association with any organized group. It would also expose him even in a generally disciplined organization to the danger of arbitrary action of individuals and place his economic life at the mercy of the threat as well as the action of power in an uncontrolled and here an unmaturing group. [Emphasis added.]

Finally, at p. 165, he concluded that the mechanism chosen “preserves the basic liberties of [the]

des revendications relativement à la propriété et à l’entreprise qui ne peuvent être justifiées par la liberté démocratique et de considérer que le mode habituel de règlement des conflits de travail consiste à faire des concessions au coup par coup dans un but d’apaisement. Je ne vois pas beaucoup d’efforts pour ériger la conciliation en principe et même si je renonce immédiatement à tout espoir de faire plus que proposer un principe par une démarche légèrement différente, je dois au moins faire cette tentative. [Je souligne.]

Il analyse ensuite, à la p. 163, l’équilibre entre la sécurité syndicale et la liberté individuelle :

[TRADUCTION] Ce qu’on demande, c’est un atelier syndical assorti d’un précompte. Un atelier syndical permet à l’employeur d’embaucher toute personne, mais exige des salariés qu’ils adhèrent au syndicat dans un certain délai suivant l’engagement sous peine de congédiement. Cette forme de sécurité syndicale diffère de ce que l’on appelle l’« atelier fermé », où seuls les membres du syndicat peuvent être embauchés, ce qui signifie alors que le syndicat devient la source de la main-d’œuvre.

. . . Lorsqu’il y a un atelier fermé ou un atelier syndical, le précompte est moins important du fait que l’expulsion du syndicat exige le congédiement.

Outre les éléments précédents, qui peuvent faire l’objet de nombreuses modifications, il existe ce qu’on appelle « le maintien d’adhésion », qui interdit aux salariés qui ont adhéré à un syndicat de changer d’affiliation pendant la période visée, généralement la durée d’une convention . . .

Fondant mon jugement sur des principes qui, selon moi, sont acceptés par la vaste majorité des Canadiens, je ne peux pas admettre un atelier syndical dans les circonstances. Cela assujettirait l’intérêt de la compagnie relativement aux employés et à la durée de leur emploi aux conflits internes du syndicat et aux conflits entre les employés et le syndicat, ce qui, avec des conséquences extraordinaires, [. . .] et le Canadien serait ainsi privé du droit de solliciter un emploi et de travailler sans être associé à un groupe organisé. Même au sein d’une organisation généralement disciplinée, il risquerait de subir les actes arbitraires d’autrui et sa vie économique serait à la merci de la menace et de l’exercice du pouvoir dans un groupe non contrôlé et, en l’espèce, non arrivé à maturité. [Je souligne.]

Finalement, à la p. 165, il conclut que le mécanisme choisi [TRADUCTION] « préserve les libertés

Company and employee” (emphasis added) aforementioned.

6

The Rand formula was discussed by this Court in *Lavigne, supra*. Wilson J. noted the reason for the success of this type of clause in Canada and distinguished it from situations where union membership was mandatory. She stated, at p. 272:

Its success in Canada has stemmed from the fact that in enhancing union security it does not work to suppress expression but to foster it.

Why is this so? Viewed closely, it is evident that there is nothing about the agency shop which purports to align those subject to its operation with the union or any of its activities. Indeed, the Rand formula specifically provides for dissent by stipulating that no member of the bargaining unit is required to join and thereby become a member of the union. Free expression was thus enhanced by giving unionists and non-unionists alike a voice in the administration of the employment relationship. [Emphasis added.]

Finding that the Rand formula infringes s. 2(d) of the *Charter* but is justified by s. 1, La Forest J. also noted, at p. 341, that the Rand formula does not mandate union membership. Further, McLachlin J. remarked, at p. 347:

The whole purpose of the formula is to permit a person who does not wish to associate himself or herself with the union to desist from doing so. The individual does this by declining to become a member of the union. The individual thereby dissociates himself or herself from the activities of the union.

7

The infringement in the present case is much more important than that created by the Rand formula and requires justification that is therefore more extensive. It was decided in *Lavigne* that ideological conformity is at the core of freedom from association; it is not necessary to decide here whether it is the only factor to be considered in all cases, as will be shown later in these reasons.

8

In order to understand the entire scope of the negative right, one must consider the impact of other *Charter* values on its infringement, as required under the rules of *Charter* interpretation described in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where Dickson J. (as he then was) stated, at p. 344:

fondamentales de [la] compagnie et de l'employé » (je souligne) susmentionnés.

Notre Cour a abordé la formule Rand dans l'arrêt *Lavigne*, précité. Le juge Wilson a souligné la raison du succès de ce genre de clause au Canada et l'a différenciée des cas où l'appartenance syndicale était obligatoire (à la p. 272) :

Son succès au Canada découle du fait qu'en augmentant la sécurité syndicale, il a pour effet non pas de supprimer l'expression mais de la stimuler.

Pourquoi en est-il ainsi? Si on l'examine de près, le précompte syndical généralisé n'a manifestement pas pour objet de contraindre ceux qui y sont soumis à s'aligner sur le syndicat ou sur l'une ou l'autre de ses activités. En effet, la formule Rand permet expressément la dissidence en stipulant qu'aucun membre de l'unité de négociation n'est tenu d'adhérer au syndicat. La liberté d'expression a donc été favorisée en permettant à la fois aux syndiqués et aux non-syndiqués de dire leur mot dans l'administration des relations de travail. [Je souligne.]

Estimant que la formule Rand porte atteinte à l'al. 2d) de la *Charte* mais qu'elle est justifiée aux termes de l'article premier, le juge La Forest souligne également, à la p. 341, que la formule Rand ne prescrit pas l'appartenance syndicale. En outre, le juge McLachlin fait remarquer, à la p. 347, que :

Le but général de la formule est de donner à quiconque ne veut pas adhérer à un syndicat le choix de ne pas le faire, en refusant d'en faire partie et en se dissociant ainsi des activités du syndicat.

En l'espèce, l'atteinte est beaucoup plus grave que celle créée par la formule Rand et exige donc une justification plus complète. Il est conclu dans *Lavigne* que la conformité idéologique est au cœur de la liberté de ne pas s'associer; il n'est pas nécessaire ici de déterminer si c'est le seul facteur à prendre en considération dans tous les cas, comme je l'expliquerai plus loin dans mes motifs.

Pour comprendre toute la portée du droit négatif, il faut examiner l'effet des autres valeurs véhiculées par la *Charte* sur son atteinte, comme l'exigent les règles d'interprétation énoncées dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, où le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dit, à la p. 344 :

The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam [Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145]* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker, [1984] 1 S.C.R. 357*, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [First emphasis in original; second emphasis added.]

Dickson C.J. referred to this decision in *R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103*, where he remarked, at p. 119:

To identify the underlying purpose of the *Charter* right in question, therefore, it is important to begin by understanding the cardinal values it embodies.

Both of these cases provide inspiration for defining the limits of the s. 2(d) negative right under the *Charter*. The whole context of the right must be considered. This was already a consideration of Rand J. in *Ford Motor, supra*, at p. 159, wherein he speaks of the social and economic structure in which we live and which gives rise to principles of law. This context includes, as I have said, a consideration of *Charter* values that come into play in the particular situation at issue. In this case, the fundamental values that must be protected in the workplace include freedom of conscience, mobility, liberty, freedom of expression and the right to work. The necessity of considering the totality of the rights and values that are interrelated when

Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam [Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145]*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de [notre] Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357*, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [Premier soulignement dans l'original; deuxième soulignement ajouté.]

Le juge en chef Dickson mentionne cette décision dans *R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103*, où il fait observer ce qui suit, à la p. 119 :

Par conséquent, pour identifier l'objet qui sous-tend le droit garanti par la *Charte* dont il est question en l'espèce, il est important de commencer par comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à ce droit.

Ces deux arrêts donnent des indications permettant de définir les limites du droit négatif garanti par l'al. 2d) de la *Charte*. Il faut examiner l'ensemble du contexte du droit. C'est ce que fait déjà le juge Rand dans *Ford Motor*, précité, p. 159, où il parle de la structure sociale et économique dans laquelle nous vivons et qui donne lieu à des principes de droit. Comme je l'ai dit, ce contexte comporte l'examen des valeurs véhiculées par la *Charte* qui entrent en jeu dans la situation particulière en cause. En l'espèce, les valeurs fondamentales qui doivent être protégées dans le milieu de travail sont notamment la liberté de conscience, la liberté de circulation et d'établissement, le droit à la liberté, la liberté d'expression et le droit au travail. À mon avis, la

dealing with forced association in the workplace, in my opinion, points to the need to take a broad view of the *Charter* right not to associate.

10 This approach is supported by consideration of this freedom in light of international conventions and the jurisprudence of this Court.

11 The United Nations *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), states:

Article 20

. . .

2. No one may be compelled to belong to an association.

In addition, the United Nations *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, provides that:

Article 8. 1. The States Parties to the present Covenant undertake to ensure:

(a) the right of everyone to form trade unions and join the trade union of his choice, subject only to the rules of the organization concerned, for the promotion and protection of his economic and social interests. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public order or for the protection of the rights and freedoms of others; [Emphasis added.]

12 This Court has regularly made reference to and relied upon the aforementioned international documents in interpreting fundamental freedoms in the *Charter*. As stated in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at para. 57, “the development of international human rights [is] an important influence leading to an entrenched guarantee of rights and freedoms in this country”. In that case, the Court cited with approval an article written by former Chief Justice Dickson where he stated:

nécessité de prendre en considération l'ensemble des droits et valeurs interreliés en matière d'association forcée dans le milieu de travail indique qu'il faut interpréter largement le droit de ne pas s'associer garanti par la *Charte*.

L'examen de cette liberté à la lumière des conventions internationales et de la jurisprudence de notre Cour appuie cette façon de voir.

La Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), énonce ce qui suit :

Article 20

. . .

2. Nul ne peut être obligé de faire partie d'une association.

En outre, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* des Nations-Unies, 993 R.T.N.U. 3, prévoit ce qui suit :

Article 8. 1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer :

a) Le droit qu'a toute personne de former avec d'autres des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix, sous la seule réserve des règles fixées par l'organisation intéressée, en vue de favoriser et de protéger ses intérêts économiques et sociaux. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui. [Je souligne.]

Souvent, notre Cour fait référence aux textes internationaux susmentionnés et les invoque pour interpréter les libertés fondamentales protégées par la *Charte*. Comme il est dit dans l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 57, « l'essor des droits de la personne sur le plan international est un facteur important qui a contribué à l'adoption, au Canada, d'un document garantissant des droits et libertés ». Dans cet arrêt, notre Cour cite avec approbation un article de l'ancien juge en chef Dickson :

The *Charter* reflects an agreement by the federal and provincial governments to limit their legislative sovereignty so as not to infringe on certain rights and freedoms.

(“The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Context and Evolution”, in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (3rd ed. 1996), 1, at p. 1-15)

Further, this Court stated in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 70:

The important role of international human rights law as an aid in interpreting domestic law has also been emphasized in other common law countries It is also a critical influence on the interpretation of the scope of the rights included in the *Charter*: *Slaight Communications [Inc. v. Davidson]*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

The same sentiment has been expressed (and these international agreements have been used as interpretative tools) in numerous cases decided by this Court, including *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1377; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at p. 484 (the right to privacy as found in s. 8); *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 881-82; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, at para. 51 (the right to a remedy as found in s. 24(1)); *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 178 (the protection of children as it impacts s. 2(b)); and *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 749-55 (the scope of s. 2(b)).

It is interesting to note that the *African Charter on Human and Peoples’ Rights*, which was referred to in *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 38 (the scope of the right to liberty in s. 7), provides, at art. 10:

2. Subject to the obligation of solidarity provided for in Article 29 no one may be compelled to join an association. [Emphasis added.]

In *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (“*Alberta Reference*”), and *Lavigne, supra*, this Court used these

[TRADUCTION] La *Charte* est l’expression de la volonté commune des gouvernements fédéral et provinciaux de limiter leur souveraineté législative de manière à ne pas violer certains droits et certaines libertés.

(« The Canadian Charter of Rights and Freedoms : Context and Evolution », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (3^e éd. 1996), 1, p. 19)

De plus, notre Cour dit dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70 :

D’autres pays de common law ont aussi mis en relief le rôle important du droit international des droits de la personne dans l’interprétation du droit interne [. . .] Il a également une incidence cruciale sur l’interprétation de l’étendue des droits garantis par la *Charte* : *Slaight Communications [Inc. c. Davidson]*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

Cette façon de voir a été exprimée (et ces conventions internationales ont servi d’outils d’interprétation) dans de nombreux arrêts de notre Cour, notamment *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1377; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, p. 484 (le droit à la vie privée figurant à l’art. 8); *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 881-882; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, par. 51 (le droit à une réparation figurant au par. 24(1)); *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 178 (l’effet de la protection des enfants sur l’al. 2b)); et *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 749-755 (la portée de l’al. 2b)).

Il est intéressant de noter que la *Charte africaine des droits de l’homme et des peuples*, mentionnée dans *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 38 (la portée du droit à la liberté figurant à l’art. 7), prévoit, à l’art. 10 :

2. Nul ne peut être obligé de faire partie d’une association sous réserve de l’obligation de solidarité prévue à l’article 29. [Je souligne.]

Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le « *Renvoi relatif à l’Alberta* »), et dans *Lavigne*,

13

14

international agreements as interpretative tools in an analysis of s. 2(d) of the *Charter*. In *Alberta Reference*, Dickson C.J. (dissenting) noted, at p. 350, that the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, were adopted in an effort to make more specific the broad principles included in the *Universal Declaration of Human Rights*. I would like to note, however, that the specificity of the international covenants did not replace the broad principles enunciated in the Universal Declaration. These covenants clarify art. 20(1) of the Universal Declaration (the positive right), but do not minimize the negative right. Actually, the continuing importance of the negative right is seen in art. 8(1)(a) of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, wherein the joining of a union is referred to as the “right” of the worker to join a union of his or her “choice”.

15

The importance of these documents in relation to s. 2(d) was discussed by La Forest J. in *Lavigne*, where he prescribed a broad and liberal interpretation of s. 2(d) in light of other *Charter* values. He stated, at pp. 318-20:

Forced association will stifle the individual's potential for self-fulfillment and realization as surely as voluntary association will develop it. Moreover, society cannot expect meaningful contribution from groups or organizations that are not truly representative of their members' convictions and free choice. Instead, it can expect that such groups and organizations will, overall, have a negative effect on the development of the larger community. . . . Recognition of the freedom of the individual to refrain from association is a necessary counterpart of meaningful association in keeping with democratic ideals.

Furthermore, this is in keeping with our conception of freedom as guaranteed by the *Charter*. . . .

It is clear that a conception of freedom of association that did not include freedom from forced association would not truly be “freedom” within the meaning of the *Charter*.

précité, notre Cour a utilisé ces conventions internationales comme outils d'interprétation dans le cadre d'une analyse relative à l'al. 2d) de la *Charte*. Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge en chef Dickson (dissident) souligne, à la p. 350, que le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, ont été adoptés en vue de préciser les grands principes énoncés dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. J'aimerais toutefois souligner que les précisions apportées par les pactes internationaux ne remplacent pas les grands principes énoncés dans la Déclaration universelle. Ces pactes précisent le par. 20(1) de la Déclaration universelle (le droit positif), mais n'atténuent pas le droit négatif. En réalité, l'importance continue du droit négatif ressort de l'al. 8(1)a) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, où l'on parle de l'adhésion syndicale comme étant le « droit » du travailleur d'adhérer au syndicat de son « choix ».

Le juge La Forest analyse l'importance de ces documents relativement à l'al. 2d) dans *Lavigne*, où il prescrit une interprétation large et libérale de cet alinéa compte tenu des autres valeurs véhiculées par la *Charte*. Voici ce qu'il écrit, aux p. 318-320 :

L'association forcée étouffera la possibilité pour l'individu de réaliser son épanouissement et son accomplissement personnels aussi sûrement que l'association volontaire la développera. De plus, la société ne saurait s'attendre à obtenir des contributions intéressantes de groupes ou d'associations qui ne représentent pas vraiment les convictions et le libre choix de leurs membres. Au contraire, on peut s'attendre à ce que ces groupes et associations aient, dans l'ensemble, un effet négatif sur le développement de la société en général [. . .] La reconnaissance de la liberté de l'individu de ne pas s'associer est la contrepartie nécessaire d'une association constructive conforme aux idéaux démocratiques.

Cette reconnaissance est de plus conforme à notre conception de la liberté garantie par la *Charte* . . .

Il est évident que la liberté d'association qui ne comporterait pas la liberté de ne pas être forcé de s'associer ne serait pas véritablement une « liberté » au sens de la *Charte*.

This brings into focus the critical point that freedom from forced association and freedom to associate should not be viewed in opposition, one “negative” and the other “positive”. These are not distinct rights, but two sides of a bilateral freedom which has as its unifying purpose the advancement of individual aspirations. The bilateral nature of the associational right is explicitly recognized in Art. 20 of the *United Nations Universal Declaration of Human Rights*, 1948,

This construction of the associational right in two reflective strands serves to recognize the often overlooked potential for coercion in association. Governmental tyranny can manifest itself not only in constraints on association, but in forced association. There is no logical inconsistency in recognizing this reality. Nor do I accept the proposition that including the right to be free from compelled association within the reach of s. 2(d) will weaken or “trivialize” the cherished right to be free to form associations. It will do nothing but strengthen it. Moreover, the purposive approach to *Charter* interpretation demands such a result.

Finally, that some aspects of the freedom may be protected by ss. 7, 2(a) or 2(b) of the *Charter*, to cite the most obvious possibilities, should not dissuade us from giving full meaning to s. 2(d). All of the liberties guaranteed by the *Charter* are particular aspects of the broader freedom we enjoy in Canada. As the Court noted in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 326:

Before entering into a detailed discussion of the issues, it may be useful to note that this case exemplifies the rather obvious point that the rights and freedoms protected by the *Charter* are not insular and discrete (see, e.g., my comments in this regard in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588). Rather, the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, . . .), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplification of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content

Cela nous amène à un point crucial : la liberté de ne pas être forcé de s’associer et la liberté de s’associer ne devraient pas être perçues comme opposées, l’une étant « négative » et l’autre « positive ». Ce ne sont pas des droits distincts, mais les deux revers d’une liberté bilatérale qui a pour objet unificateur de promouvoir les aspirations individuelles. La nature bilatérale du droit d’association est explicitement reconnue à l’art. 20 de la *Déclaration universelle des droits de l’Homme*, 1948, . . .

Cette conception dualiste du droit d’association sert à reconnaître le potentiel souvent négligé de coercition que comporte l’association. La tyrannie gouvernementale peut se manifester non seulement dans les contraintes imposées à l’association, mais également dans l’association forcée. Il n’y a rien d’illogique à reconnaître ce fait. Je n’accepte pas non plus l’argument voulant que l’inclusion, dans le champ d’application de l’al. 2d), du droit de ne pas être forcé de s’associer affaiblirait ou « banaliserait » le droit précieux d’être libre de former des associations. Cela ne ferait que renforcer ce droit. De plus, l’interprétation de la *Charte*, fondée sur l’objet visé, commande un tel résultat.

Enfin, le fait que certains aspects de cette liberté puissent être protégés par l’art. 7 et les al. 2a) ou 2b) de la *Charte*, pour ne citer que les possibilités les plus évidentes, ne devrait pas nous dissuader de donner son plein sens à l’al. 2d). Toutes les libertés garanties par la *Charte* ne sont que des facettes particulières de la liberté plus large dont nous jouissons au Canada. Comme le fait observer la Cour dans l’arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 326 :

Avant de se lancer dans une étude approfondie des questions en litige, il peut être utile de souligner que la présente affaire illustre un point assez évident, savoir que les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas séparés et distincts les uns des autres (voir, par exemple, mes observations à ce propos dans l’arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588). Au contraire, la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu’est le Canada (*R. c. Oakes*, [. . .]), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d’orienter l’expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d’une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l’importance que revêt la manière dont l’élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de

of the other specific rights and freedoms it embodies.

Accordingly, a person is not deprived of protection under a provision of the *Charter* merely because protection may also be derived under another. The rights overlap in defining Canadian society, and I see no reason for depriving a litigant of success because he has chosen one provision that legitimately appears to cover the matter of which he or she complains, rather than another. That would often be the effect if the individual rights and freedoms were construed as discrete rather than overlapping.

16

He went on to discuss the scope of this *Charter* right. In doing so, he noted that s. 2(d) has limitations and that it was not meant to protect the people of Canada from the association with others that is “a necessary and inevitable part of membership in a democratic community” (p. 320). He mentioned governmental policies requiring the payment of taxes and the association with others that is compelled by the organization of our society, such as membership in a family. I am not persuaded that these are examples of true associations as envisaged within the meaning of s. 2(d) or that they constitute true exceptions to the freedom from association. In this, I think we have to be guided by the purpose of the section. On this point, it is worth quoting La Forest J., at pp. 322-23, where he stated:

At the core of the guarantee of freedom of association is the individual's freedom to choose the path to self-actualization. This is an aspect of the autonomy of the individual. It is of little solace to a person who is compelled to associate with others against his or her own will that no one will attribute the views of the group to that person. . . . Consequently, the test should not be whether the payments “may reasonably be seen” as association, or must “indicate to any reasonable person” that the individual has associated himself with an ideological cause. An external manifestation of some link between the individual and the association is not a prerequisite to the invocation of the right; it is enough that the individual's freedom is impaired. [Emphasis added.]

I think this has to be read with the words of Dickson C.J. in *Oakes*, *supra*, at p. 136:

valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

Par conséquent, on ne saurait être privé de la protection garantie par une disposition de la *Charte* pour la simple raison que cette protection peut également découler d'une autre disposition. Il y a chevauchement des droits dans la société canadienne, et je ne vois aucune raison de refuser gain de cause à un justiciable qui a choisi d'invoquer une disposition qui paraît légitimement viser l'objet de sa plainte plutôt qu'une autre. Or tel serait souvent le cas si l'on interprétait les droits et libertés individuels comme distincts plutôt que comme se chevauchant.

Il analyse ensuite la portée de ce droit garanti par la *Charte*. Ce faisant, il souligne que l'al. 2d) a des limites et qu'il ne vise pas à protéger les Canadiens contre l'association avec autrui qui est « une composante nécessaire et inévitable de l'appartenance à une société démocratique » (p. 320-321). Il mentionne des politiques gouvernementales exigeant le versement des impôts et l'association avec d'autres qui est forcée par l'organisation de notre société, comme le fait d'être membre d'une famille. Je ne suis pas convaincu qu'il s'agisse d'exemples de véritables associations au sens de l'al. 2d) ni que ces dernières constituent de véritables exceptions à la liberté de ne pas s'associer. À ce sujet, j'estime que nous devons être guidés par l'objet de l'article. À cet égard, il est utile de citer le juge La Forest, aux p. 322-323 :

Au cœur de la garantie de liberté d'association, il y a la liberté individuelle de choisir la voie de l'accomplissement personnel. Il s'agit d'un aspect de l'autonomie individuelle. C'est là une piètre consolation pour une personne, qui est forcée de s'associer à autrui contre son gré, de savoir que personne ne lui attribuera les opinions de ce groupe [. . .] En conséquence, le critère ne devrait pas être de savoir si les versements « peuvent être raisonnablement perçus » comme un acte d'association ou s'ils doivent « indiquer à toute personne raisonnable » que l'individu s'est associé à une cause idéologique. La manifestation extérieure d'un lien entre l'individu et l'association n'est pas une condition préalable pour invoquer le droit; il suffit qu'il y ait atteinte à la liberté de l'individu. [Je souligne.]

J'estime que cet extrait doit être lu parallèlement à l'énoncé fait par le juge en chef Dickson dans *Oakes*, précité, p. 136 :

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. [Emphasis added.]

The recognition of the union movement as a fundamental institution is implicit here precisely because it is a participant in the political and social debate at the core of Canadian democracy. To suggest that the unions in the present case are not associated with any ideological cause is to ignore the history of the union movement itself. Although it has been accepted that freedom of association protects an activity by an association that is permitted by an individual, this does not mean that there is no distinctive function for an association, or that associational analogues to individual rights need be ignored. The collective character of the right to associate is undeniable because collective activity is not equivalent to the addition of individual activities. It is important, however, that belonging to important social institutions be free; this is how democracy will be enhanced.

Discussing limitations on the freedom from association, La Forest J. noted that some of the liberty interests at issue in the context of the right to be free from association were discussed by Professor B. Etherington in his article "Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 1, and include (at pp. 43-44):

1. governmental establishment of, or support for, particular political parties or causes;
2. impairment of the individual's freedom to join or associate with causes of his choice;

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. [Je souligne.]

La reconnaissance du mouvement syndical en tant qu'institution fondamentale est implicite en l'espèce précisément parce qu'il s'agit d'un intervenant dans le débat politique et social au cœur de la démocratie canadienne. Prétendre que les syndicats en l'espèce ne sont pas associés à une cause idéologique revient à ne pas tenir compte de l'histoire du mouvement syndical lui-même. Même s'il est reconnu que la liberté d'association protège les activités d'une association qu'un individu est autorisé à exercer, cela ne signifie pas qu'une association n'exerce aucune fonction distinctive ni que les aspects associatifs analogues aux droits individuels ne doivent pas être pris en considération. Le caractère collectif du droit de s'associer est indéniable parce que l'activité collective n'équivaut pas à l'addition d'activités individuelles. Il importe cependant que l'appartenance aux institutions sociales importantes soit libre; c'est ainsi que la démocratie est favorisée.

Au sujet des restrictions à la liberté de ne pas s'associer, le juge La Forest fait remarquer que certains des droits à la liberté en cause dans le contexte du droit de ne pas être forcé de s'associer avaient été analysés par le professeur B. Etherington dans son article « Freedom of Association and Compulsory Union Dues : Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate » (1987), 19 *R.D. Ottawa* 1, notamment (aux p. 43-44) :

1. la création par le gouvernement de causes ou de partis politiques particuliers, ou le soutien qu'il y apporte;
2. l'atteinte à la liberté de l'individu de se joindre ou de s'associer à des causes de son choix;

17

18

3. the imposition of ideological conformity; and
4. personal identification of an objector with political or ideological causes which the service association supports.

La Forest J. noted that this view is consistent with the reasons of Dickson J. in *Big M Drug Mart*, *supra*.

19

I agree with La Forest and McLachlin JJ. that there is a negative aspect to the s. 2(d) right. However, I do not think it is useful to distinguish between the factors proposed by Professor Etherington or to formulate a definitive opinion with regard to the various factors that could, in any given situation, provide a framework for the conclusion that freedom from association has been breached. With regard to the content of the right, it is sufficient to refer to ideological conformity in this case because that factor has already been recognized, because it is at play and because its scope is such that it encompasses all aspects of the case on its facts. I am left here with a number of options. For instance, I could accept that there is an internal qualification of the negative aspect of s. 2(d) and that it is triggered by the infringement of a liberty interest, other *Charter* values and/or the imposition of ideological conformity; or I could accept that there is a negative aspect to s. 2(d) and that a s. 1 justification is immediately required upon a finding that there has been state-imposed association. First, a distinction may be made between the exceptions to s. 2(d) protection, as discussed by La Forest J. and noted at para. 16 of these reasons, and true associations which are protected by s. 2(d). Although not necessary to determine in this case, as these exceptions are not brought into play by the factual situation in issue, it may be said that these “necessary” associations do not truly fall within the purpose of s. 2(d) protection since they do not involve persons coming together in the pursuit of a common goal or purpose as this is generally understood. Association in a labour organization would not in any case be part of the “necessary” associations category. Further, any element of necessity which

3. l'imposition de la conformité à une idéologie;
4. l'identification personnelle de l'opposant aux causes politiques ou idéologiques que l'association de services soutient.

Le juge La Forest fait observer que cette opinion est conforme aux motifs du juge Dickson dans *Big M Drug Mart*, précité.

Je conviens avec les juges La Forest et McLachlin que le droit garanti par l'al. 2d) comporte un aspect négatif. Toutefois, je ne crois pas qu'il soit utile de faire une distinction entre les facteurs proposés par le professeur Etherington ou de formuler une opinion définitive sur les différents facteurs qui pourraient, dans toute situation donnée, permettre de conclure à la violation de la liberté de ne pas s'associer. Quant au contenu du droit, il suffit de mentionner ici la conformité idéologique, car c'est un facteur déjà reconnu, qui entre en jeu et dont la portée est telle qu'elle englobe toutes les facettes de l'affaire à la lumière de ses faits. En l'espèce, il me reste des options. Par exemple, je pourrais accepter qu'il y ait une réserve intrinsèque à l'aspect négatif de l'al. 2d) et que l'on doive en tenir compte lorsqu'il y a violation d'un droit à la liberté, atteinte aux autres valeurs véhiculées par la *Charte* et/ou imposition de la conformité idéologique; ou je pourrais accepter que l'al. 2d) comporte un aspect négatif et qu'une justification aux termes de l'article premier est requise dès qu'il est conclu que l'association est imposée par l'État. Premièrement, on peut faire une distinction entre les exceptions à la protection de l'al. 2d) que mentionne le juge La Forest et que je souligne au par. 16 des présents motifs et les véritables associations protégées par cet alinéa. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de le déterminer en l'espèce, puisque la situation factuelle en cause ne fait pas intervenir ces exceptions, on peut dire que ces associations « nécessaires » ne sont pas vraiment visées par l'objet de la protection de l'al. 2d), car il ne s'agit pas de personnes qui se regroupent dans un but commun comme on l'entend généralement. De toute manière, l'association syndicale ne ferait jamais partie des associations « nécessaires ». En outre, j'estime que tout élément de nécessité qui

would impact protections provided by s. 2(d) would, in my opinion, fall within a s. 1 justification of a s. 2(d) infringement rather than at the initial *Charter* breach analysis. Second, it should be added that even if forced associations in and of themselves should not be considered *ab initio* contrary to universal values or principles, once coercion is applied by government to association in circumstances where ideological conformity is imposed, I believe s. 2(d) is infringed and the government must justify this forced association pursuant to s. 1.

I would add here that I disagree with the statement of LeBel J. at para. 199 of his reasons that La Forest J. was of the opinion that the obligation to join a union whose purposes were limited to collective bargaining would not even engage s. 2(d). This inference, in my view, is not consistent with the fact that La Forest J.'s discussions of constitutional issues in *Lavigne* had nothing to do with mandatory membership (see p. 325). Furthermore, this is not relevant here, as will be demonstrated later, because the association in question goes beyond the purpose of collective bargaining.

Section 2(d): Was the Negative Right Infringed?

D. Wright notes in his article "Unions and Political Action: Labour Law, Union Purposes and Democracy" (1998), 24 *Queen's L.J.* 1, at p. 7:

Though labour has supported a variety of political parties over the years, trade union support for organized political parties has been a prominent part of labour's activities throughout most of this century.

He states that labour has played an important part in the development of the New Democratic Party and Parti québécois and that the purpose of trade unions transcends that of collective bargaining on behalf of members and includes, as a fundamental purpose, the political representation of members. Rand J. noted that union representation is about power, as seen earlier. LeBel J. explains that the

influencerait les protections fournies par l'al. 2d) relèverait de la justification d'une contravention à l'al. 2d), aux termes de l'article premier, plutôt que de l'analyse initiale relative à la violation de la *Charte*. Deuxièmement, il faut ajouter que même si, en soi, les associations forcées ne devraient pas être considérées *ab initio* comme contraires aux valeurs ou principes universels, dès que le gouvernement exerce une coercition pour qu'il y ait association dans des circonstances où la conformité idéologique est imposée, il y a violation de l'al. 2d) et le gouvernement doit justifier cette association forcée conformément à l'article premier.

J'ajouterais ici que je ne souscris pas à l'opinion du juge LeBel au par. 199 de ses motifs, selon laquelle le juge La Forest est d'avis que l'obligation d'adhérer à un syndicat dont les objets se limitent à la négociation collective n'entraînerait même pas l'application de l'al. 2d). Selon moi, cette conclusion est incompatible avec le fait que l'analyse des questions constitutionnelles par le juge La Forest dans *Lavigne* n'a rien à voir avec l'adhésion obligatoire (voir p. 325). En outre, elle n'est pas pertinente en l'espèce, comme je vais l'expliquer plus loin, puisque l'association en question n'a pas pour seul objet la négociation collective.

L'alinéa 2d) : Y a-t-il eu atteinte au droit négatif?

D. Wright souligne, dans son article « Unions and Political Action : Labour Law, Union Purposes and Democracy » (1998), 24 *Queen's L.J.* 1, p. 7 :

[TRADUCTION] Quoique le mouvement syndical ait appuyé différents partis politiques au fil des ans, l'appui des syndicats envers des partis politiques organisés a constitué une part importante de leurs activités pendant la majeure partie de ce siècle.

Il affirme que les syndicats ont joué un rôle important dans l'évolution du Nouveau Parti Démocratique et du Parti québécois, que leur objet transcende la négociation collective au nom des membres et que l'un de leurs buts fondamentaux est la représentation politique des membres. Le juge Rand fait observer que la représentation syndicale est une question de pouvoir, comme je l'ai déjà mentionné.

20

21

22

history of labour relations in Quebec is rife with violence and dissonance. Eventually, a system of representative unions was recognized by legislation. In 1974, after violence broke out at the James Bay Project site, the government set up the Cliche Commission. The representative union system was modified and a system of regional quotas was created. In discussing the political activity of representative unions in Quebec, G. Murray and P. Verge, *La représentation syndicale: Visage juridique actuel et futur* (1999), note, at p. 85:

[TRANSLATION] The 1995 referendum debate on Quebec sovereignty also caused most of the large Quebec union federations to take positions, including the CEQ, the CSN and the FTQ.

They also later state, in discussing general social preoccupations of unions in Quebec, at p. 91:

[TRANSLATION] The general social issues giving rise to positions by organized labour encompass health and welfare, language and education.

And at pp. 93-94:

[TRANSLATION] Since 1977, the Conseil de la langue française has been monitoring, for the Minister, the situation of the French language and language developments in general in Quebec. The Conseil is composed of 12 members appointed by the government, including "two persons chosen after consultation with the representative union bodies". [Quotations are from the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, ss. 186 and 187.]

... Finally, although the Institut canadien d'éducation des adultes is not a governmental organization, the FTQ, the CSN and the CEQ contribute to its work, along with other labour organizations, educational institutions, training and leadership organizations, community groups and cultural community organizations.

At p. 141:

[TRANSLATION] Labour representation is expected to continue to reach beyond the framework of the company, whether it is dealing with the intermediation of the employee's interests as such or, more broadly, the interests of the employee-citizen. The labour

Le juge LeBel explique que l'histoire des relations du travail au Québec est marquée par la violence et les troubles. La loi a fini par reconnaître un régime de syndicats représentatifs. En 1974, après l'éclatement de la violence sur le chantier du projet de la Baie James, le gouvernement a établi la Commission Cliche. Le régime de syndicats représentatifs a été modifié et un régime de quotas régionaux a été créé. Dans leur analyse de l'activité politique des syndicats représentatifs au Québec, G. Murray et P. Verge soulignent, dans leur ouvrage *La représentation syndicale : Visage juridique actuel et futur* (1999), p. 85 :

Le débat référendaire de 1995 portant sur la souveraineté du Québec a aussi suscité des prises de position de la plupart des grands regroupements syndicaux québécois, dont la CEQ, la CSN et la FTQ.

Ils déclarent également, lorsqu'ils analysent les préoccupations sociales générales des syndicats au Québec, à la p. 91 :

Les dimensions des préoccupations sociales générales auxquelles des mouvements syndicaux apportent leur concours sont la santé et le bien-être, la langue et l'enseignement.

Et aux pages 93-94 :

Depuis 1977, le Conseil de la langue française surveille, à l'intention du ministre, la situation de la langue française et, plus généralement, l'évolution de la situation linguistique au Québec. Il se compose de 12 membres nommés par le gouvernement, dont « deux personnes choisies après consultation des organismes syndicaux représentatifs ». [Les citations sont tirées de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, art. 186 et 187.]

... Enfin, bien qu'il ne s'agisse pas là d'un organisme étatique, la FTQ, la CSN et la CEQ contribuent aux travaux de l'Institut canadien d'éducation des adultes, avec d'autres organisations syndicales, des établissements d'enseignement, des organismes de formation et d'animation, des groupements communautaires et des organismes des communautés culturelles.

À la page 141 :

La représentation syndicale est destinée à continuer à dépasser le cadre de l'entreprise, qu'il s'agisse de l'intermédiation des intérêts du salarié en tant que tel ou, plus largement, de ceux du salarié-citoyen. Les regroupements syndicaux eux-mêmes, comme on l'a vu,

organizations themselves, as we have seen, naturally saw that protecting groups of employees would also lead them into larger arenas, in accordance with their objects and their methods of action. [Emphasis added.]

The authors continue this discussion by dividing the two forms of representation: [TRANSLATION] “employee-employee” and [TRANSLATION] “employee-citizen”, the latter of which comprises the social and economic activities of the union. In discussing this, they state, at p. 146:

[TRANSLATION] But the future of labour representation in relation to these different political, economic and social issues will basically depend on the preferences expressed by employee-citizens themselves. [Emphasis added.]

J. Boivin and J. Guilbault, in *Les relations patronales-syndicales au Québec* (1982), also write, at pp. 85-86, under the title “Le gouvernement du Parti québécois et l’orientation idéologique des centrales syndicales”:

[TRANSLATION] The arrival of a new party on the provincial political scene — the Parti québécois founded in 1968 — would enable the popular discontent with traditional parties to be channelled and would give a number of union activists the opportunity to become actively involved in political activity. As a result, the Parti québécois benefited from the support of a large number of volunteers experienced in working with groups such as social movements and unions.

Over and above its role as a sovereigntist party, which is its main *raison d’être*, the Parti québécois openly asserted its “bias in favour of workers” without being a true labour party, such as the Labour Party in England or even the NDP in Canada. In addition to being founded on traditional electoral reasons, this aspect of the PQ’s political agenda corresponds to the party’s sociological reality which, as we have already noted, relies largely on the social movements and the union activists from all the central labour bodies.

The PQ’s exercise of power since 1976 has enabled the scope of this “bias in favour of workers” to be confirmed and has resulted in the various labour organizations clarifying their real ideological orientation.

ont naturellement conçu que la protection des collectifs de salariés les conduisait également sur ces scènes plus larges, en conformité avec leurs objets et leurs modes d’action. [Je souligne.]

Les auteurs divisent ensuite les deux formes de représentation : « salarié-salarié » et « salarié-citoyen », la dernière comprenant les activités sociales et économiques du syndicat. Ils disent à cet égard, à la p. 146 :

Mais l’avenir de la représentation syndicale reliée à ces différentes questions politiques, économiques et sociales dépendra foncièrement des préférences que manifesteront eux-mêmes des salariés-citoyens. [Je souligne.]

J. Boivin et J. Guilbault écrivent également, dans *Les relations patronales-syndicales au Québec* (1982), p. 85-86, sous le titre « Le gouvernement du Parti québécois et l’orientation idéologique des centrales syndicales » :

L’arrivée sur la scène politique provinciale d’un nouveau parti — le Parti québécois fondé en 1968 — devait permettre de canaliser le mécontentement populaire vis-à-vis des partis traditionnels et fournir l’occasion à plusieurs militants syndicaux de s’engager activement dans l’action politique. C’est ainsi que le Parti québécois put bénéficier de l’apport d’un grand nombre de bénévoles habitués à l’action auprès des groupes tels que les mouvements populaires et les milieux syndicaux.

Au-delà de son rôle de parti souverainiste, qui est d’ailleurs sa principale raison d’être, le Parti québécois ne s’est pas caché pour affirmer son « préjugé favorable aux travailleurs » sans pour autant être un véritable parti travailliste, comme c’est le cas du Labor Party en Angleterre ou même du NPD au Canada. Cet aspect du programme politique du PQ, en plus de s’expliquer par les traditionnelles raisons électoralistes, correspond à la réalité sociologique de ce parti qui, nous l’avons déjà dit, s’appuie largement sur les mouvements populaires et les militants syndicaux de toutes les centrales.

L’exercice du pouvoir par le PQ depuis 1976 a permis de vérifier l’ampleur de ce « préjugé favorable aux travailleurs », et a amené les diverses organisations syndicales à préciser leur véritable orientation idéologique.

Interestingly, at p. 87, the authors commence to discuss the ideological orientation of key unions in Quebec, notably the FTQ, the CSN, the CEQ and the CSD. This is the backdrop upon which the statutory provisions in the Act and its Regulations fall. It is relevant to the consideration of the concept of ideological conformity. The social and economic impact of the union movement is a matter of general knowledge.

23 The legislation in question here is complex; it creates an entire labour relations scheme which governs, amongst other matters, union membership, employers associations, collective bargaining and the creation of the Commission de la construction du Québec and committees on construction and vocational training.

24 The *mis en cause* argues that the action against the appellants was directed solely at their failure to obtain competency certificates. According to the *mis en cause*, there is a distinction between this requirement and the requirement to become a member of one of the five recognized employee associations. I disagree with this assertion. The scheme of the Act provides that both requirements must be met as conditions precedent to working in the construction industry in Quebec; these conditions are certified together on one document, referred to as the competency certificate, and the only way to receive such a certificate pursuant to s. 39 of the Act is if both conditions have been met. As stated by Trudel J., [1998] R.J.Q. 911, at p. 923:

[TRANSLATION] Without an identity card establishing his or her membership in one of these five representative associations, an employee cannot work in Quebec in the construction sector. His or her competency, in other words, since it is acquired largely on the job, is directly related to his or her forced association with one of the five bargaining agents currently recognized by the Act for construction workers.

This is confirmed in ss. 36 and 36.1 of the Act and by s. 23 of the *Regulation respecting the election of a representative association by the employees of the construction industry*, (1997) 129 O.G. II, 1866. As admitted by the intervener Commission de la construction du Québec, at para. 60 of its factum, this

Fait intéressant, à la p. 87, les auteurs commencent par l'analyse de l'orientation idéologique des principaux syndicats au Québec, notamment la FTQ, la CSN, la CEQ et la CSD. C'est sur cette toile de fond que s'inscrivent les dispositions de la Loi et de son règlement d'application. C'est un aspect qui a son importance pour l'examen de la notion de conformité idéologique. L'effet social et économique du mouvement syndical est bien connu.

La loi en question en l'espèce est complexe; elle établit un régime complet de relations du travail régissant notamment l'affiliation syndicale, les associations d'employeurs et la négociation collective et créant la Commission de la construction du Québec et les comités sur la construction et la formation professionnelle.

Le *mis en cause* soutient que l'action intentée contre les appelants visait uniquement le défaut d'obtenir des certificats de compétence. Selon lui, il y a une différence entre cette exigence et celle d'adhérer à l'une des cinq associations d'employés reconnues. Je ne suis pas de cet avis. Selon l'économie de la Loi, il faut satisfaire à ces deux exigences avant de pouvoir travailler dans le secteur de la construction au Québec; ces conditions sont certifiées ensemble sur un document, appelé certificat de compétence, et la seule façon de recevoir un tel certificat aux termes de l'art. 39 de la Loi est de remplir les deux conditions. Comme le dit le juge Trudel, [1998] R.J.Q. 911, p. 923 :

Sans carte d'identité démontrant son appartenance à l'une de ces cinq associations représentatives, le salarié ne peut travailler au Québec dans le secteur de la construction. Sa compétence, pour ainsi dire, puisqu'elle s'acquiert en grande partie sur le chantier, est directement liée à son association forcée à l'un des cinq agents négociateurs présentement reconnus par la loi pour les travailleurs et travailleuses de la construction.

Cela est confirmé par les art. 36 et 36.1 de la Loi et par l'art. 23 du *Règlement sur le choix d'une association représentative par les salariés de l'industrie de la construction*, (1997) 129 G.O. II, 2447. Comme le reconnaît l'intervenante la Commission de la construction du Québec au par. 60 de son

was also the practice in Quebec prior to the coming into force of this Regulation.

The *mis en cause* also argues that designating a representative union is not the same as becoming a member of a union. Again, I disagree with this technical distinction. Although these unions are stated to be recognized for representative collective bargaining purposes, they remain “unions”, as exemplified by ss. 1(a), 17(9) and 38 of the Act. Further, the Act clearly views those who elect a representative union as “members” of that union, as can be seen in numerous provisions, including s. 30, which makes them “electors” within the association, s. 34, which states that the Commission will forward a list of employees “who have become members of such association”, and s. 39, which speaks of his membership in the representative union (see also ss. 31, 32, 41, 96(2), 99, 101, 104, and 119). The only contrary argument that can be found is in s. 102, which states that no association can discriminate against an employee for “abstain[ing] from belonging to any association”; however, both ss. 32 and 94 suggest that the employee must choose one of the five chosen representative unions. This was even acknowledged by counsel for the *mis en cause* at the oral hearing when he stated: [TRANSLATION] “we are not claiming that there is no associative act here resulting from the choice made by any employee, which is mandatory” (emphasis added). In his factum, he also noted, at paras. 26 and 38, that pursuant to s. 39, all new construction employees must choose a representative association and in the event of failure to do so, the worker cannot be employed. Finally, it is noteworthy that the role of the union is to represent the interests of its “members”, as stated in the definition of “association” in s. 1(a). This was also mentioned in the *mis en cause*’s factum where it is stated, at para. 53, that, pursuant to s. 94, the right to belong to a representative union means the right to become a member and participate in its activities.

In the December 16, 1968 debates of the Legislative Assembly surrounding Bill 290 (i.e. the first ver-

mémoire, c’était également la pratique au Québec avant l’entrée en vigueur de ce règlement.

Le *mis en cause* prétend aussi que désigner un syndicat représentatif n’équivaut pas à adhérer à un syndicat. Encore une fois, je suis en désaccord avec cette distinction de forme. Même si ces syndicats sont déclarés reconnus pour la négociation collective représentative, ils demeurent des « syndicats » comme l’illustrent l’al. 1a), le par. 17(9) et l’art. 38 de la Loi. En outre, la Loi considère manifestement ceux qui choisissent un syndicat représentatif comme des « membres » de ce syndicat, comme le montrent de nombreuses dispositions, notamment l’art. 30, qui en fait des « votants » au sein de l’association, l’art. 34, qui prévoit que la Commission transmet la liste des salariés « qui ont adhéré à cette association », et l’art. 39, qui mentionne « son adhésion » au syndicat représentatif (voir également les art. 31, 32 et 41, le par. 96(2) et les art. 99, 101, 104 et 119). Le seul argument contraire pouvant être invoqué découle de l’art. 102, qui énonce qu’aucune association ne peut exercer des mesures discriminatoires contre un salarié qui « s’abstient d’adhérer à une association »; toutefois, les art. 32 et 94 indiquent que le salarié doit choisir une des cinq associations représentatives désignées. L’avocat du *mis en cause* l’a même admis à l’audience lorsqu’il a dit : « notre prétention n’est pas à l’effet qu’il y a aucun acte associatif ici résultant du choix exprimé par tout salarié, lequel est obligatoire » (je souligne). Dans son mémoire, il indique aussi, aux par. 26 et 38, qu’en vertu de l’art. 39, tous les nouveaux salariés de la construction doivent choisir une association représentative, sinon, ils ne peuvent pas être employés. Enfin, il convient de noter que le rôle du syndicat consiste à représenter les intérêts de ses « membres », comme l’énonce la définition d’« association » à l’al. 1a). C’est également ce qui est mentionné dans le mémoire du *mis en cause*, où il est indiqué, au par. 53, qu’en vertu de l’art. 94, le droit d’être membre d’un syndicat représentatif signifie le droit d’y adhérer et de participer à ses activités.

Dans les débats du 16 décembre 1968 de l’Assemblée législative sur le projet de loi 290 (c.-à-d.

sion of the present legislation in 1968), wherein the idea of representative association for collective bargaining was introduced, Jean-Paul Lefebvre stated (3rd sess., 28th Leg., vol. 7, No. 105, at p. 4987):

[TRANSLATION] Will it permit the labour movement — especially the two central labour bodies — to represent the workers in accordance with their wishes but in a climate of improved co-operation, while at the same time allowing the normal competition between the different unions to continue? In fact — and I think we should be happy about this — we do not have a union monopoly in our province; rather we have a “duopoly” which, when you really think about it, promotes greater freedom for the workers, in my opinion. [Emphasis added.]

In discussing the consequences of having one dominant union and one minority union, it was also said in the debates (at p. 4998) that both will wish to get the confidence of the workers and that:

[TRANSLATION] The result is that one of the unions will pride itself on providing better service to its members. [Emphasis added.]

At p. 520 of the *mis en cause*'s record, the Cliche Commission report (*Rapport de la Commission d'enquête sur l'exercice de la liberté syndicale dans l'industrie de la construction* (1975), at p. 8) is quoted:

[TRANSLATION] **Individual Rights of Workers**

The Commission is convinced that: —

- 2 — The construction worker must enjoy freedom of choice to belong to one of the two existing associations, that is, to the one that he believes embodies his aspirations as a free man. [Emphasis added.]

The record shows many more references to membership under the Act. For instance, in *Historique des relations du travail dans l'industrie de la construction au Québec* (1990) by the Commission de la construction du Québec, it was stated (at p. 6):

la première version de la loi actuelle en 1968), où l'idée des associations représentatives pour la négociation collective a été présentée, Jean-Paul Lefebvre dit (3^e sess., 28^e lég., vol. 7, n^o 105, à la p. 4987) :

Est-ce qu'il permettra au mouvement syndical — aux deux centrales syndicales, nommément — de représenter les travailleurs selon leur désir mais dans un climat de collaboration meilleur que celui que nous avons connu, tout en admettant cette concurrence normale entre les différents syndicats? En effet — et je pense que c'est là une chose dont nous devons nous réjouir, dans notre province — nous n'avons pas de monopole syndical; nous avons plutôt une situation de « duopole, » qui, lorsqu'on y songe bien, favorise, je crois, une plus grande liberté des travailleurs. [Je souligne.]

Dans l'analyse des conséquences du fait qu'il y ait un syndicat dominant et un syndicat minoritaire, il est aussi dit dans les débats (à la p. 4998) que les deux voudront obtenir la confiance des travailleurs et que :

La conséquence, c'est que l'un des syndicats se vantera de donner un meilleur service à ses membres. [Je souligne.]

Le dossier du *mis en cause* cite, à la p. 520, le rapport de la Commission Cliche (*Rapport de la Commission d'enquête sur l'exercice de la liberté syndicale dans l'industrie de la construction* (1975), p. 8) :

Droits individuels des travailleurs

La Commission est convaincue que : —

- 2 — Le travailleur de la construction doit jouir de libre choix d'adhérer à l'une ou l'autre des associations déjà existantes, c'est-à-dire à celle qu'il croira incarner ses aspirations d'homme libre. [Je souligne.]

Le dossier fait ressortir plusieurs autres mentions de l'adhésion en vertu de la Loi. Citons, par exemple, dans *Historique des relations du travail dans l'industrie de la construction au Québec* (1990) de la Commission de la construction du Québec, à la p. 6 :

[TRANSLATION] The legislator ensures, among other things, the workers' freedom of choice regarding union membership and prohibits any discrimination in hiring on the basis of that membership. For that reason, Bill 290 contains the necessary provisions to bring about mandatory unionization and will thereby enable unions to increase their membership rapidly. [Emphasis added.]

At p. 11, it was stated:

[TRANSLATION] Moreover, mandatory union membership is established since "every employee must, as a condition of the maintenance of his employment, become and remain a member in good standing of one or the other of the union associations" (s. 7.01). [Emphasis added.]

At p. 528 of the *mis en cause*'s record, the Cliche Commission report (at p. 24) is again quoted:

[TRANSLATION] After this legislation is passed, . . . every employee must join the union association of his choice and remain a member thereof. [Emphasis added.]

As stated, I disagree that s. 30 and those that follow it in the Act imply a freedom to join a union or not; rather, membership in one of the unions is obligatory. Furthermore, membership has meaning. Membership is about sharing values, joining to pursue goals in common, expressing views reflecting the position of a particular group in society. It is worth quoting again Boivin and Guilbault, *supra*, briefly, at pp. 87-89. They write:

[TRANSLATION] The new ideological orientation of the various union organizations in Quebec can no doubt best be understood through the type of relationships maintained by each central labour body with the government and through the type of criticisms directed to the government.

(a) *The FTQ*

As a result, although this central labour body had partially espoused the ideological language of the CSN

Le législateur assure, entre autres, la liberté de choix des travailleurs quant à l'adhésion syndicale et il interdit toute discrimination à l'embauche sur la base de cette adhésion. De ce fait, la loi 290 établit les clauses nécessaires pour amener la syndicalisation obligatoire et permettra ainsi aux syndicats d'augmenter rapidement le nombre de leurs membres. [Je souligne.]

À la page 11, il est énoncé :

De plus, l'adhésion syndicale obligatoire est instaurée puisque « tout salarié doit, comme condition du maintien de son emploi, devenir et demeurer membre en règle de l'une ou l'autre des associations syndicales » (art. 7.01). [Je souligne.]

Le dossier du *mis en cause* cite de nouveau, à la p. 528, le rapport de la Commission Cliche (à la p. 24):

Après l'adoption de cette loi, [. . .] tout salarié doit adhérer à l'association syndicale de son choix et en demeurer membre. [Je souligne.]

Comme je l'ai indiqué, je ne suis pas d'accord pour dire que l'art. 30 et les articles suivants de la Loi sous-entendent que l'adhésion syndicale est optionnelle; au contraire, il est obligatoire d'être membre de l'un des syndicats. En outre, être membre a un sens. Être membre signifie partager des valeurs, s'unir pour atteindre des buts communs, exprimer des opinions reflétant la position d'un groupe particulier dans la société. Il est utile de citer de nouveau brièvement Boivin et Guilbault, *op. cit.*, p. 87-89 :

C'est sans doute à travers le type de rapports entretenus par chaque centrale avec le gouvernement et dans la nature des critiques adressées à ce dernier qu'on peut le mieux comprendre l'orientation idéologique nouvelle des diverses organisations syndicales québécoises.

a) *La FTQ*

Par conséquent, même si cette centrale avait, pendant un certain temps, épousé partiellement le langage

and the CEQ during a certain period of time, the election of the Parti québécois government would establish beyond any doubt that the FTQ was far from having radical goals on a sociopolitical level. The FTQ's current political discourse is found in the same perspective as the social democracy which the PQ leans toward, although there are no formal ties between the two organizations.

(b) *The CSN and the CEQ*

Although it may not be quite accurate to associate these two central labour bodies on an ideological level, they nonetheless have enough similarities to be the subject of a common analysis.

Moreover, although it is fairly easy to understand the type of economic regime that the CSN and the CEQ do not want (capitalism), it is however much more difficult to identify the type of society they do want. In both cases, mention is frequently made of a certain "democratic socialism", but since they still refuse to participate actively in creating a political party, the concrete expression of this socialism has not yet been defined. There is thus a large gap between words and action for these two central labour bodies, as the affiliated labour organizations continue to put into practice (and very effectively in the public sector, where most of their members are recruited) the principles of North American business unionism.

(c) *The CSD*

Because its existence is based on a systematic opposition to the CSN's ideological radicalism, it is easier to define what the CSD's ideology is not than what it is.

This refusal to blatantly condemn the capitalist system must not however lead us to regard the CSD affiliates as company unions. Although the CSD is not trying to destroy the capitalist system in which it exists, it nevertheless wants to change it profoundly by seeking the collective advancement of workers while remaining completely independent of political parties.

... It endeavours to establish a greater democracy in the workplace. The program put forward by the central labour organization thus deals with, among other things, "changes in business operations through the sociotechnical approach, enriching job duties through new forms of work organization, improving work stations through ergonomics, etc."

idéologique de la CSN et de la CEQ, l'élection du gouvernement du Parti québécois démontra hors de tout doute que la FTQ était loin d'avoir des visées radicales sur le plan socio-politique. Le discours politique actuel de la FTQ se situe dans la même perspective que la social-démocratie vers laquelle tend le PQ, même si formellement aucun lien d'affiliation ne réunit ces deux organisations.

b) *La CSN et la CEQ*

Même s'il peut ne pas être tout à fait exact d'associer ces deux centrales sur le plan idéologique, il n'en demeure pas moins qu'elles possèdent suffisamment d'affinités pour que l'on en présente une analyse commune.

Par ailleurs, s'il est plutôt facile de comprendre la sorte de régime économique dont la CSN et la CEQ ne désirent pas (le capitalisme), il est cependant beaucoup plus ardu de connaître le type de société souhaitée. Dans les deux cas, on fait souvent allusion à un certain « socialisme démocratique » mais, puisque l'on se refuse encore à participer activement à la création d'un parti politique, la formulation concrète de ce socialisme reste à définir. Il y a donc du côté de ces deux centrales un vacuum important entre le discours et l'action, car les organisations syndicales affiliées continuent de mettre en pratique (et avec beaucoup d'efficacité dans le secteur public où est recrutée la majorité de leurs membres) les principes du syndicalisme d'affaires nord-américain.

c) *La CSD*

Puisqu'elle tient son existence d'une opposition systématique au radicalisme idéologique de la CSN, il est donc plus facile de définir ce que n'est pas l'idéologie de la CSD que ce qu'elle est.

Ce refus de la condamnation irrémédiable du système capitaliste ne doit cependant pas nous amener à considérer les affiliés de la CSD comme des syndicats de boutique. Si la CSD ne cherche pas à détruire le système capitaliste dans lequel elle vit, elle désire quand même y apporter de profondes modifications en cherchant la promotion collective des travailleurs, tout en demeurant totalement indépendante des partis politiques.

... Sa démarche tend vers l'instauration d'une plus grande démocratie sur les lieux de travail. C'est ainsi que le programme mis de l'avant par la centrale porte, entre autres, sur « les changements dans le fonctionnement des entreprises par l'approche socio-technique, l'enrichissement des tâches par les nouvelles formes d'organisation du travail, l'amélioration des postes de travail par l'ergonomie, etc. ».

It is because of the collective force produced by membership that unions can be a potent force in public debate, that they can influence Parliament and the legislatures in their functions, that they can bargain effectively. This force must be constituted democratically to conform to s. 2(d). LeBel J. states at para. 165 that the legislative system in Quebec reflects, on the surface, a “union shop” approach. However, for a “union shop” to exist, there must be a properly constituted union. This Court in *Lavigne* discussed the role of unions and stressed their democratic nature. In particular, in describing the general structure of labour relations, La Forest J. emphasized (at p. 325) that it involves “democratically run bodies” and “certification of a union when a majority of employees choose to be represented by that union” which contemplates “majoritarian decision-making”. In the present case, I fail to see how the precondition to a “union shop” exists; in other words, I fail to see how the legislative scheme in Quebec falls within the general structure of labour relations as discussed previously by this Court.

This case is one that shows how interrelated *Charter* rights and values can be. It is not necessary to have more independent evidence of the ideological views of the specific unions involved in this case. This is not novel since such was the case in *Lavigne*. I disagree with LeBel J.’s views at para. 227 of his reasons and would affirm that it is in fact sufficient that adherence is required to a scheme advocating state-imposed compulsory membership which affects freedom of conscience and expression, as well as liberty and mobility interests, for it to have a negative impact on the right to work, because such adherence itself is a form of ideological coercion. Ideological constraint exists in particular where membership numbers are used to promote ideological agendas and, as noted in *Lavigne*, at p. 322, this is so even where there is no evidence that the union is coercing its members to believe in what it promotes. After discussing the use of union dues

C’est grâce à la force collective des membres que les syndicats peuvent constituer une puissante force dans le débat public, qu’ils peuvent influencer le Parlement et les législatures dans leurs fonctions et qu’ils peuvent négocier efficacement. Cette force doit être constituée démocratiquement pour être conforme à l’al. 2d). Le juge LeBel mentionne au par. 165 que le régime législatif du Québec équivaut à première vue à une forme d’« atelier syndical ». Pour qu’il y ait « atelier syndical », toutefois, il faut un syndicat dûment constitué. Dans *Lavigne*, notre Cour analyse le rôle des syndicats et insiste sur leur caractère démocratique. En particulier, en décrivant l’économie générale des relations du travail, le juge La Forest souligne, à la p. 325, que ce régime comporte des « organismes démocratiques » et « l’accréditation d’un syndicat lorsque la majorité des employés choisissent d’être représentés par ce syndicat » et qu’il envisage « la prise de décisions majoritaires ». Je ne vois pas comment la condition préalable de l’« atelier syndical » peut exister en l’espèce; en d’autres termes, je ne vois pas comment le régime législatif du Québec s’inscrit dans l’économie générale des relations du travail, comme notre Cour l’a indiqué dans ses arrêts antérieurs.

La présente affaire démontre à quel point les droits et les valeurs que comporte la *Charte* peuvent être interreliés. Il n’est pas nécessaire d’avoir une preuve plus indépendante de l’idéologie des syndicats particuliers visés en l’espèce. Ce n’est pas nouveau puisque tel était le cas dans *Lavigne*. Je ne souscris pas à l’opinion du juge LeBel au par. 227 de ses motifs et je confirmerais qu’il suffit en fait d’exiger l’adhésion à un régime prévoyant la syndicalisation obligatoire imposée par l’État qui touche la liberté de conscience et d’expression de même que les droits à la liberté et à la liberté de circulation et d’établissement pour qu’il y ait un effet négatif sur le droit au travail, parce qu’une telle adhésion constitue en soi une forme de coercition idéologique. Il y a contrainte idéologique notamment lorsqu’on recourt au nombre d’adhérents pour promouvoir des visées idéologiques et, comme on le fait remarquer dans *Lavigne*, p. 322, il en est ainsi même quand rien n’indique que le

for actual workplace expenditures, La Forest J. stated, at p. 330:

When, however, the Union purports to express itself in respect to matters reflecting aspects of Lavigne's identity and membership in the community that go beyond his bargaining unit and its immediate concerns, his claim to the protection of the Charter cannot as easily be dismissed. In regard to these broader matters, his claim is not to absolute isolation but to be free to make his own choices, unfettered by the opinion of those he works with, as to what associations, if any, he will be associated with outside the workplace. [Emphasis added.]

He further stated, at p. 332:

In my view, it is more consistent with the generous approach to be applied to the interpretation of rights under the *Charter* to hold that the freedom of association of an individual member of a bargaining unit will be violated when he or she is compelled to contribute to causes, ideological or otherwise, that are beyond the immediate concerns of the bargaining unit. [Emphasis added.]

29 In the present case, workers objected to being forced to join a union and objected generally to the compulsory unionization scheme, which is, in my view, ideological in nature.

30 The approach I advocate to the interpretation of the right is consistent in particular with the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. It provides that:

Article 6. 1. The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right. [Emphasis added.]

This provision was noted by this Court in *Canadian Egg Marketing Agency, supra*, where discussing the importance of s. 6 of the *Charter*, Iacobucci J. and I stated, at para. 60:

The freedom guaranteed in s. 6 embodies a concern for the dignity of the individual. Sections 6(2)(b) and 6(3)(a) advance this purpose by guaranteeing a

syndicat exerce des pressions sur ses membres pour qu'ils adhèrent à sa cause. Après avoir traité de l'utilisation des cotisations syndicales pour des dépenses véritablement liées au lieu de travail, le juge La Forest affirme à la p. 330 :

Cependant, lorsque le syndicat prétend s'exprimer sur des questions reflétant des aspects de l'identité de Lavigne et de son appartenance à la collectivité qui vont au-delà de son unité de négociation et de ses préoccupations immédiates, il n'est pas aussi aisé de rejeter sa demande de protection de la *Charte*. Sur ces questions de portée plus générale, il ne revendique pas l'isolement absolu, mais la liberté de faire ses propres choix, indépendamment de l'opinion de ses compagnons de travail, quant aux associations, s'il y a lieu, qu'il appuiera à l'extérieur de son lieu de travail. [Je souligne.]

Il ajoute à la p. 332 :

À mon avis, il est plus conforme à la façon libérale d'aborder l'interprétation des droits garantis par la *Charte* de conclure qu'il y aura atteinte à la liberté d'association du membre d'une unité de négociation s'il est astreint à contribuer à des causes, idéologiques ou autres, qui vont au-delà des préoccupations immédiates de l'unité de négociation. [Je souligne.]

En l'espèce, les travailleurs refusent d'être forcés d'adhérer à un syndicat et s'opposent de façon générale au régime de syndicalisation obligatoire, que je considère être de nature idéologique.

La démarche que je préconise en matière d'interprétation de ce droit est compatible notamment avec le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* :

Article 6. 1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit. [Je souligne.]

Notre Cour a mentionné cette disposition dans *Office canadien de commercialisation des œufs*, précité, où, en traitant de l'importance de l'art. 6 de la *Charte*, le juge Iacobucci et moi avons dit, au para. 60 :

La liberté garantie à l'art. 6 traduit un intérêt pour la dignité de l'individu. Les alinéas 6(2)(b) et 6(3)(a) favorisent la réalisation de cet objet en garantissant une

measure of autonomy in terms of personal mobility, and by forbidding the state from undermining this mobility and autonomy through discriminatory treatment based on place of residence, past or present. The freedom to pursue a livelihood is essential to self-fulfilment as well as survival. Section 6 is meant to give effect to the basic human right, closely related to equality, that individuals should be able to participate in the economy without being subject to legislation which discriminates primarily on the basis of attributes related to mobility in pursuit of their livelihood. [Emphasis added.]

This sentiment builds upon the reasoning of Dickson C.J. (dissenting) in *Alberta Reference, supra*, where he stated, at p. 368:

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being. Accordingly, the conditions in which a person works are highly significant in shaping the whole compendium of psychological, emotional and physical elements of a person's dignity and self respect.

This is a case where the freedom not to associate is markedly infringed. I respectfully disagree with LeBel J. when he advocates deference to the choices of government on giving content to the notions of "self-actualization" (para. 210) and "democracy" (paras. 228 and 229). I disagree with his view that the present matter "lie[s] largely beyond the area of expertise of courts" (para. 239). In my opinion, though problems may have been acute in this area, not all options are open to government. This is a clear situation of government coercion, the result of which mandates that workers in the construction industry in Quebec group together in a few unions which are specified and approved by government. The fact that there are five unions from which workers can choose in no way negates this infringement for it remains government-mandated group affiliation. Self-realization of the worker is violated in many ways. He or she must unionize. Within the prescribed regime, democracy is further restricted by limited choice. There is no guarantee that a majority of voters will exercise their right. A default

certain autonomie sur le plan de la liberté personnelle de circulation et d'établissement, et en interdisant à l'État de miner cette liberté et cette autonomie au moyen d'un traitement discriminatoire fondé sur le lieu de résidence antérieur ou actuel. La liberté de gagner sa vie est une question d'accomplissement de soi et de survie. L'article 6 vise à rendre applicable un droit fondamental de la personne qui est étroitement lié à l'égalité, celui d'être en mesure de participer à l'économie sans être assujéti à des lois qui établissent une distinction fondée principalement sur des attributs liés au choix de l'endroit où gagner sa vie. [Je souligne.]

Cette façon de voir ajoute au raisonnement du juge en chef Dickson (dissident) dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, p. 368 :

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même.

Dans cette affaire, il y a manifestement atteinte à la liberté de ne pas s'associer. Avec égards, je ne suis pas d'accord avec le juge LeBel lorsqu'il recommande de faire preuve de retenue envers les choix du gouvernement pour l'interprétation des notions d'« accomplissement personnel » (par. 210) et de « démocratie » (par. 228-229). Je ne souscris pas à son opinion selon laquelle la présente affaire « débord[e] largement du domaine d'expertise des tribunaux » (par. 239). À mon sens, bien qu'il ait pu y avoir de graves problèmes dans ce domaine, les choix que peut faire le gouvernement sont limités. C'est un cas manifeste de coercition gouvernementale, où les travailleurs du secteur de la construction au Québec sont forcés de se regrouper en quelques syndicats désignés et approuvés par le gouvernement. Le fait que les travailleurs puissent choisir entre cinq syndicats ne veut absolument pas dire qu'il n'y ait pas eu atteinte, car cela demeure une affiliation à un groupe imposée par le gouvernement. L'accomplissement personnel du travailleur n'est pas respecté à bien des égards. Ce dernier doit

provision can determine the outcome of elections. Those voting for minority associations may be left out of future negotiations.

32

The vast majority of Canadians must work for a living and, as such, working is a compelled fact of life; however, in the present situation, the appellants are not arguing that being forced to work with a particular group or to participate in employment-related activities violates s. 2(d). This is not a case where workers dispute the payment of mandated union dues; the restrictions in this case are much more severe than that in *Lavigne*. The Rand formula mandates payment of union dues for the betterment of all workers; in this case, the workers are being forced to join a union. As argued by the appellants, being forced by the government to join one of five specified unions differs drastically from being forced to pay union dues. The appellants state (factum, at para. 24):

The objection to union membership can be anchored in profound moral, religious or political convictions and it is implicit in Canadian law that such convictions are to be respected.

I agree with this assertion. *Lavigne* focussed on the actual activities of the union in question and the purpose for which union dues were used. This situation, on the other hand, even if it is not based on the actual views held by the five unions, comprises a form of ideological conformity.

33

As I have said, it is not necessary to make a conclusive determination of whether these liberty interests are separate indices of a s. 2(d) infringement or whether they are merely subcategories of ideological conformity since, in this case, ideological conformity, which was explicitly accepted by both *La Forest* and *McLachlin JJ.*

se syndiquer. Dans le cadre du régime prescrit, la démocratie est restreinte en plus par le choix limité. Rien ne garantit que la majorité des électeurs exerceront leur droit. Une disposition applicable par défaut peut déterminer l'issue des élections. Ceux qui votent pour des associations minoritaires peuvent être laissés à l'écart des négociations futures.

La vaste majorité des Canadiens doivent travailler pour gagner leur vie, de sorte que travailler est une nécessité de la vie. Toutefois, dans le présent cas, les appelants ne prétendent pas qu'être forcés de travailler avec un groupe particulier ou de participer à des activités liées au travail viole l'al. 2d). Il ne s'agit pas d'une affaire où des travailleurs contestent le versement de cotisations syndicales obligatoires; les restrictions en l'espèce sont beaucoup plus sévères que celle dont il est question dans *Lavigne*. La formule Rand oblige le versement de cotisations syndicales pour le mieux-être de tous les travailleurs; en l'espèce, les travailleurs sont forcés d'adhérer à un syndicat. Comme l'ont soutenu les appelants, il y a une grande différence entre être forcé par le gouvernement d'adhérer à l'un des cinq syndicats désignés et être forcé de verser des cotisations syndicales. Les appelants disent (mémoire, par. 24) :

[TRADUCTION] L'opposition à l'appartenance syndicale peut reposer sur des convictions morales, religieuses ou politiques profondes, et il est implicite en droit canadien que de telles convictions doivent être respectées.

Je suis d'accord avec cette affirmation. L'arrêt *Lavigne* met l'accent sur les activités réelles du syndicat en question et sur l'utilisation des cotisations syndicales. D'autre part, même si la situation en l'espèce n'est pas fondée sur les opinions réelles des cinq syndicats, elle comporte un élément de conformité idéologique.

Comme je l'ai dit, il n'est pas nécessaire de déterminer de façon définitive si ces droits à la liberté constituent des indications distinctes d'une violation de l'al. 2d) ou s'ils représentent seulement des sous-catégories de la conformité idéologique étant donné qu'en l'espèce, la conformité idéologique, acceptée explicitement par les juges *La Forest*

in *Lavigne*, exists. Workers may feel strongly about joining a union for various reasons, but whether they are moral, religious or political, these beliefs and convictions must be pushed aside if one wishes to work in the construction industry in Quebec. They are the only workers affected in this way. When considering freedom not to associate in light of other *Charter* values, including freedom of conscience and expression, liberty, mobility and the right to work, I cannot help but find that governmental mandatory union association infringes this important *Charter* right.

As I have said, ideological conformity is engaged in particular because the members of the associations necessarily participate in and indirectly support a system of forced association and state control over work opportunity. This is a situation whereby the democratic rights of workers are taken away. Being forced to accept and participate in a system that severely limits the democratic principle in the area of labour relations is a form of coercion that cannot be segregated totally from ideological conformity. If Parliament provided that a person must belong to a specific political party to work in the public service of Canada, the situation would be analogous. Some would argue that one does not have to believe, simply that one has to belong; as stated at para. 16, I believe there would still be clear ideological conformity.

Since ideological conformity is part of the broader test to which I subscribe, I conclude that the challenged statutory provisions infringe the negative right which forms part of s. 2(d).

I do not believe that this conclusion is inconsistent with previous jurisprudence. For example, the Rand formula differs from the case at bar because it does not negate the democratic principle; in that case, a majority of workers choose accreditation and approve the collective agreement. Workers can

et McLachlin dans *Lavigne*, existe. Des travailleurs peuvent être absolument contre l'adhésion syndicale pour différentes raisons, mais ils doivent faire abstraction de leurs croyances et convictions, qu'elles soient de nature morale, religieuse ou politique, s'ils veulent travailler dans le secteur de la construction au Québec. Ce sont les seuls travailleurs à être ainsi touchés. Lorsque j'examine la liberté de ne pas s'associer en fonction des autres valeurs véhiculées par la *Charte*, notamment la liberté de conscience et d'expression, la liberté, la liberté de circulation et d'établissement et le droit au travail, je ne peux m'empêcher de conclure que l'association syndicale imposée par le gouvernement porte atteinte à ce droit important garanti par la *Charte*.

Comme je l'ai dit, la conformité idéologique entre en jeu surtout parce que les membres des associations participent par nécessité à un régime d'association forcée et de contrôle étatique des possibilités d'emploi, et l'appuient indirectement. C'est un cas où les droits démocratiques des travailleurs sont retirés. Être forcé d'accepter un régime restreignant de façon importante le principe démocratique en matière de relations du travail et d'y participer constitue une forme de coercition qui ne peut pas être totalement séparée de la conformité idéologique. Si le législateur prévoyait qu'une personne devait être membre d'un parti politique donné pour avoir un emploi dans la fonction publique du Canada, la situation serait analogue. Certains prétendraient qu'on n'est pas obligé de croire et qu'il suffit d'être membre, mais, comme je l'ai affirmé au par. 16, je pense qu'il y aurait toujours une conformité idéologique évidente.

Étant donné que la conformité idéologique fait partie du critère plus large auquel je souscris, je conclus que les dispositions législatives contestées portent atteinte au droit négatif que comporte l'al. 2d).

À mon avis, cette conclusion n'est pas incompatible avec les arrêts antérieurs. Par exemple, la formule Rand est différente de la situation en l'espèce parce qu'elle ne va pas à l'encontre du principe démocratique; dans ce cas, la majorité des travailleurs choisissent l'accréditation et approuvent

34

35

36

still choose to work in a non-unionized environment. The ultimate forced association is then justified by the majority principle and the underlying need to have a system of protection of workers that is effective. There is also a distinction to be made with the requirements of professional associations such as medical associations and law societies, where the need for protection of the public may require a forced association which is justified under s. 1 of the *Charter*. In this case, the provisions are not based on the protection of the public by way of assuring the competency of workers. To receive certification, a worker must be a member of one of the five chosen unions; to become a member, he or she must have been a resident of Quebec in the previous year, have worked a set number of hours in that year and must be under 50 years of age. Without having met these requirements, a worker is unable to work in Quebec regardless of his or her actual competence or experience in his or her chosen trade. The conditions related to forced association have nothing to do with the protection of the public. As stated by Judge Bonin of the Court of Québec, [TRANSLATION] “[t]he certificate’s main purpose was to maintain hiring priority”. As such, a s. 1 justification is required. Before considering s. 1, however, I turn next to the examination of the positive right which is also part of s. 2(d).

Section 2(d) — The Positive Right

37 As previously discussed, the appellants argue that s. 30, which establishes the conditions under which a competency card can be obtained, and the regional quota requirements limiting the right to be placed on the union lists are unconstitutional. As such, even if there was no infringement of the right not to associate, there would still be a need to consider whether there is a breach of the positive right to associate. This has not been dealt with by LeBel J., who takes another view of the purpose and effect of s. 30 of the Act.

38 I have mentioned that, pursuant to s. 30, construction workers can only be placed on the

la convention collective. Les travailleurs peuvent toujours choisir de travailler dans un environnement non syndiqué. L’association forcée en bout de ligne est alors justifiée par le principe de la majorité et par la nécessité sous-jacente d’avoir un régime de protection des travailleurs qui soit efficace. Il faut aussi faire la distinction avec les exigences des associations professionnelles comme les associations de médecins et les barreaux, où la nécessité de protéger le public peut requérir une association forcée qui est justifiée aux termes de l’article premier de la *Charte*. En l’espèce, les dispositions ne visent pas à protéger le public en garantissant la compétence des travailleurs. Pour être accrédité, un travailleur doit être membre de l’un des cinq syndicats désignés; pour être membre, il doit avoir résidé au Québec pendant l’année précédente, avoir travaillé un nombre d’heures déterminé cette année-là et être âgé de moins de 50 ans. Un travailleur ne répondant pas à ces exigences ne peut travailler au Québec, quelle que soit sa compétence ou son expérience réelle dans le métier qu’il a choisi. Les conditions liées à l’association forcée n’ont rien à voir avec la protection du public. Comme le dit le juge Bonin de la Cour du Québec, « [c]e certificat avait principalement comme but de maintenir la priorité d’embauche ». Par conséquent, une justification aux termes de l’article premier est requise. Toutefois, avant d’examiner l’article premier, j’aborde l’analyse du droit positif que comporte également l’al. 2d).

L’alinéa 2d) — Le droit positif

Comme je l’ai mentionné précédemment, les appelants plaident l’inconstitutionnalité de l’art. 30, qui établit les conditions d’obtention de la carte de compétence, et des exigences de quotas régionaux restreignant le droit d’être inscrit sur les listes syndicales. Ainsi, même s’il n’y avait aucune atteinte au droit de ne pas s’associer, il resterait encore à déterminer s’il y a violation du droit positif de s’associer. Cette question n’a pas été traitée par le juge LeBel, qui exprime une opinion différente quant à l’objet et l’effet de l’art. 30 de la Loi.

J’ai mentionné qu’en vertu de l’art. 30, les travailleurs de la construction ne peuvent être inscrits

employer's list and join a union pursuant to s. 32 if they were a resident of Quebec in the previous year, worked 300 hours in that year and were under 50 years of age. The Commission de la construction du Québec forwards a card to the workers on this list (s. 36). No employer may use the services of a person in the construction industry unless that person holds one of these cards (s. 39). Therefore, if the s. 30 requirements are not met, a person may not join one of the five unions and, as a result, cannot work in Quebec. In addition, as acknowledged by the Commission de la construction du Québec, at para. 24 of their intervenor's factum, at the material time, there were regional quotas in place which also limited the number of workers in each predetermined region within the province. For persons living in and outside the province of Quebec, their ability to join one of the unions and thereby work in the construction industry is severely restricted by these arbitrary requirements. For example, a person who had lived in Quebec all of his life but was not a resident in the previous year, because he was attending school or working elsewhere in the country, would be excluded. The same may be said for a person who has never left the province but simply did not work in the industry in the previous year or a person who wishes to train and start working in the industry for the first time. In the latter case, even if he held an apprentice competency certificate or an occupation competency certificate, which has its own barriers as will be discussed, he cannot join the union until he has worked 300 hours or the equivalent thereof while in training. These barriers to association are even more pronounced for those persons who did not reside in the province of Quebec in the previous year.

Section 30 of the Act refers to three types of competency certificates: the journeyman competency certificate, the occupation competency certificate and the apprentice competency certificate. Sections 2 and 2.1 of the *Regulation respecting the issuance of competency certificates*, (1987) 119 O.G. II, 1471, govern the issuance of an apprentice

sur la liste de l'employeur et adhérer à un syndicat aux termes de l'art. 32 que s'ils ont résidé au Québec pendant l'année précédente, s'ils ont travaillé 300 heures cette année-là et s'ils sont âgés de moins de 50 ans. La Commission de la construction du Québec transmet une carte aux travailleurs dont le nom figure sur cette liste (art. 36). Un employeur ne peut recourir aux services d'une personne dans le secteur de la construction que si elle est titulaire de l'une de ces cartes (art. 39). Par conséquent, une personne qui ne remplit pas les exigences de l'art. 30 ne peut pas adhérer à l'un des cinq syndicats et ne peut donc pas travailler au Québec. En outre, comme l'a reconnu la Commission de la construction du Québec, au par. 24 de son mémoire d'intervenante, il existait à l'époque visée des quotas régionaux qui limitaient le nombre de travailleurs dans chaque région désignée de la province. Les personnes qui vivent au Québec ou à l'extérieur voient leur capacité d'adhérer à l'un des syndicats et, par conséquent, de travailler dans le secteur de la construction fortement restreinte par ces exigences arbitraires. Par exemple, une personne qui a vécu au Québec toute sa vie mais qui n'y résidait pas l'année précédente, parce qu'elle fréquentait l'école ou travaillait ailleurs au pays, serait exclue. On peut en dire autant d'une personne qui n'a jamais quitté la province mais qui n'a tout simplement pas travaillé dans ce secteur au cours de l'année précédente ou d'une personne qui désire acquérir de la formation et commencer à travailler dans ce secteur. Dans ce dernier cas, même si la personne est titulaire du certificat de compétence-apprenti ou du certificat de compétence-occupation, qui ont leurs propres restrictions comme je l'expliquerai plus loin, elle ne peut pas se syndiquer avant d'avoir effectué 300 heures de travail ou l'équivalent en cours de formation. Ces barrières à l'association sont encore plus grandes pour les personnes qui n'ont pas résidé au Québec l'année précédente.

L'article 30 de la Loi mentionne trois types de certificats de compétence : le certificat de compétence-compagnon, le certificat de compétence-occupation et le certificat de compétence-apprenti. Les articles 2 et 2.1 du *Règlement sur la délivrance des certificats de compétence*, (1987) 119 G.O. II, 2351, régissent la délivrance du certificat de

competency certificate. Aside from other requirements, at the material time and at present, s. 2.1 provides that a maximum number of these certificates may be granted in any given year. This quota is only expanded in cases where there is an insufficient number of workers in a region; in those cases, certificates may be granted to those who meet the requirements, one of which is being a resident of the region in question (s. 3). As with the apprentice competency certificate, the occupation competency certificates are granted only within the parameters of a quota. One cannot receive an occupation competency certificate without having completed a course approved by the Commission; however, the Commission decides how many positions shall be available in these courses based on the number of workers required per region (ss. 4 and 4.1). As such, both the apprentice competency certificate and the occupation competency certificate can be refused based on regional quotas. For a person entering the industry, it therefore means that his or her ability to get a competency certificate, which is a condition precedent for union membership pursuant to s. 30 of the Act, could be denied merely because a government-designated quota has been reached.

40

The journeyman competency certificate differs slightly. Pursuant to s. 1 of the *Regulation respecting the issuance of competency certificates*, a journeyman competency certificate is issued to the holder of a qualification certificate or attestation of experience pursuant to the *Regulation respecting the vocational training and qualification of manpower in the construction industry*, R.R.Q. 1981, c. F-5, r. 3. This Regulation defines the qualification certificate as “a certificate issued by the Department attesting to the level of qualification acquired by the holder in a trade governed by the Act” and an attestation of experience as “a document issued by exception by the Department proving that the holder has plyed a trade in whole or in part”. Section 7 of this Regulation states that a qualification certificate may be granted to anyone who has completed apprenticeship in conformity with this Regulation or anyone who can prove he or she has gained experience by working in the trade equal to the number of periods in Schedule B of the Regulation. Turning first to the completion of apprenticeship,

compétence-apprenti. À part les autres exigences, à l'époque visée et actuellement, l'art. 2.1 prévoit qu'un nombre maximal de certificats peut être délivré dans une année donnée. Ce nombre ne peut être dépassé qu'en cas de pénurie de main-d'œuvre dans une région; dans ces cas, des certificats peuvent être délivrés à ceux qui remplissent les exigences, dont l'une consiste à résider dans la région en question (art. 3). Comme pour le certificat de compétence-apprenti, la délivrance des certificats de compétence-occupation est assujettie à un quota. Nul ne peut recevoir le certificat de compétence-occupation sans avoir terminé un cours approuvé par la Commission; toutefois, la Commission décide du nombre de places disponibles pour ces cours en fonction du nombre de travailleurs requis par région (art. 4 et 4.1). Ainsi, tant le certificat de compétence-apprenti que le certificat de compétence-occupation peuvent être refusés en raison des quotas régionaux. Pour une personne qui commence dans l'industrie, cela signifie donc qu'on pourrait refuser de lui délivrer le certificat de compétence, qui est une condition préalable à l'adhésion syndicale en vertu de l'art. 30 de la Loi, simplement parce que le quota fixé par le gouvernement a été atteint.

Le certificat de compétence-compagnon est légèrement différent. En vertu de l'art. 1 du *Règlement sur la délivrance des certificats de compétence*, le certificat de compétence-compagnon est délivré au titulaire du certificat de qualification ou de l'attestation d'expérience délivrés aux termes du *Règlement sur la formation et la qualification professionnelles de la main-d'œuvre de l'industrie de la construction*, R.R.Q. 1981, ch. F-5, r. 3. Ce règlement définit le certificat de qualification comme « un certificat délivré par le ministère et qui atteste le niveau de qualification acquise par le détenteur dans un métier dont l'exercice est réglementé en vertu de la Loi » et l'attestation d'expérience comme « un document que le ministère délivre exceptionnellement et qui atteste que le détenteur a exercé un métier, en tout ou en partie ». Selon l'article 7 de ce règlement, le certificat de qualification peut être délivré à toute personne ayant terminé son apprentissage conformément à ce règlement ou à toute personne en mesure de prouver qu'elle a acquis de l'expérience en exerçant ce métier pour une

which would apply to newcomers to these trades, s. 16 of the Regulation discusses the requirements for admission to apprenticeship and states that amongst other requirements, the person must hold a classification certificate under the *Regulation respecting the placement of employees in the construction industry*, R.R.Q. 1981, c. R-20, r. 10. This latter Regulation provides that a classification certificate is issued to anyone meeting the requirement of having worked in the industry for a certain number of hours in the preceding five calendar years (s. 6). As a result, this certificate may be granted if an experienced person has worked in the industry for a certain number of hours in the past five years; however, this must also be considered in light of s. 30 provisions which continue to mandate that, to join the union and become an employee, a person must have worked at least 300 hours in the industry in the preceding calendar year. For those from outside the province, the possibilities are even bleaker. Section 10 provides that a special classification certificate may be issued to an employee domiciled outside Quebec if he or she previously obtains a guarantee of employment from an employer registered with the Board. Since s. 10 requires that a person outside Quebec obtain employment prior to being granted a certificate of qualification, the requirements of s. 30 must have already been met and a competency card must have been issued to the worker in his or her case; otherwise, the employer would be in violation of s. 39 of the Act.

In fact, a person from outside Quebec cannot get a qualification certificate without employment and, as such, cannot get a journeyman competency certificate without employment; he or she cannot get employment without holding one of the three types of competency cards. Although there are no quota requirements applicable to the journeyman competency certificate, it is unlikely, if ever, that a person from outside Quebec will hold one of these cards and, as such, he or she will be required to hold an apprentice competency certificate, or occupation competency certificate, which will not occur if the

durée égale au nombre de périodes prévues à l'annexe B du règlement. En ce qui concerne d'abord l'achèvement de l'apprentissage, qui s'appliquerait aux débutants dans les métiers visés, l'art. 16 du règlement, qui traite des conditions d'admission à l'apprentissage, dispose notamment que la personne doit être titulaire du certificat de classification délivré en vertu du *Règlement sur le placement des salariés dans l'industrie de la construction*, R.R.Q. 1981, ch. R-20, r. 10. Ce dernier prévoit que le certificat de classification est délivré à toute personne ayant satisfait à la condition d'avoir travaillé dans l'industrie un certain nombre d'heures au cours des cinq années civiles précédentes (art. 6). Par conséquent, ce certificat peut être délivré à une personne d'expérience qui a travaillé dans l'industrie pendant un certain nombre d'heures au cours des cinq dernières années; toutefois, il faut aussi tenir compte de l'art. 30, qui continue à prescrire que, pour adhérer à un syndicat et devenir un salarié, une personne doit avoir effectué au moins 300 heures de travail dans l'industrie au cours de l'année civile précédente. Pour ceux qui viennent de l'extérieur de la province, les possibilités sont encore plus faibles. L'article 10 prévoit qu'un certificat de classification spécial peut être délivré au salarié domicilié hors du Québec qui obtient préalablement une garantie d'emploi d'un employeur inscrit auprès de la Commission. Puisque l'art. 10 exige qu'une personne domiciliée hors du Québec obtienne un emploi pour recevoir le certificat de qualification, les exigences de l'art. 30 doivent déjà avoir été respectées et une carte de compétence doit avoir été délivrée au travailleur se trouvant dans cette situation; autrement, l'employeur contreviendrait à l'art. 39 de la Loi.

En réalité, une personne de l'extérieur du Québec qui n'a pas d'emploi ne peut pas obtenir le certificat de qualification et, de ce fait, le certificat de compétence-compagnon; il ne peut pas obtenir un emploi sans être titulaire de l'un des trois types de cartes de compétence. Même s'il n'y a aucune exigence de quota applicable au certificat de compétence-compagnon, il est improbable, voire même impossible, qu'une personne de l'extérieur du Québec soit titulaire de l'une de ces cartes, de sorte qu'elle devra être titulaire du certificat de compétence-apprenti ou du certificat de compétence-

regional quotas are filled. Therefore, even if workers have met the requirements stated in s. 30, they may not receive a competency card, join the union or be permitted to work.

42

In summary, there are severe restrictions on the right of a person to join one of the five chosen unions in order to work in the construction industry in Quebec. Even if the conditions imposed by s. 30 of the Act were permissible limitations on freedom of association, the regional quotas would still need to be justified under s. 1. They unduly infringe the ability of workers to join a union, which is a prerequisite for working in the construction industry in Quebec. As such, they are an infringement of the s. 2(d) freedom of association.

Section 1: Is the Infringement of s. 2(d) Justifiable?

43

In determining whether this infringement can be justified by s. 1, this Court must again take into consideration *Charter* values including liberty, freedom of expression, the right to work and mobility rights. For the government to justify infringing a *Charter* right, it must prove on a balance of probabilities that the objective of the impugned legislation is pressing and substantial. It must then show that the infringement is proportionate. In other words, there must be a rational connection between the objective in question and the measures adopted. These measures must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. The means should impair as little as possible the freedom in question. There must also be proportionality between the objective and the effect of the measures (*Oakes, supra*).

44

The *mis en cause* submits that it is in the public interest to have structured collective bargaining. In discussing the purpose of the legislation, the *mis en cause* submits that the objective of s. 30 of the Act is to establish the degree of representativeness of the

occupation, ce qui est impossible si les quotas régionaux sont atteints. Par conséquent, même si des travailleurs ont satisfait aux exigences de l'art. 30, il se peut qu'ils ne puissent pas recevoir une carte de compétence, adhérer à un syndicat ou travailler.

En résumé, il y a des restrictions importantes au droit d'une personne d'adhérer à l'un des cinq syndicats désignés pour pouvoir travailler dans le secteur de la construction au Québec. Même si les conditions imposées par l'art. 30 de la Loi étaient des limites permises à la liberté d'association, les quotas régionaux devraient être justifiés aux termes de l'article premier. Ils portent indûment atteinte à la capacité des travailleurs d'adhérer à un syndicat, ce qui est une condition préalable à l'emploi dans le secteur de la construction au Québec. En soi, ils constituent une atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2d).

L'article premier : La violation de l'al. 2d) peut-elle se justifier?

Pour déterminer si cette violation peut se justifier aux termes de l'article premier, notre Cour doit encore une fois prendre en considération les valeurs véhiculées par la *Charte*, notamment la liberté, la liberté d'expression, le droit au travail et le droit de circulation et d'établissement. Pour que le gouvernement réussisse à justifier l'atteinte à un droit garanti par la *Charte*, il doit prouver selon le critère de la plus grande probabilité que l'objectif des dispositions législatives contestées est urgent et réel. Il doit ensuite démontrer que la violation est proportionnelle. En d'autres termes, il doit y avoir un lien rationnel entre l'objectif en question et les mesures adoptées. Ces mesures ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte à la liberté en question. Il doit aussi y avoir proportionnalité entre l'objectif et l'effet des mesures (*Oakes, précité*).

Le *mis en cause* fait valoir qu'il est dans l'intérêt public qu'il y ait une négociation collective structurée. Traitant de l'objet de la législation, il soutient que l'art. 30 de la Loi a comme objectif d'établir le degré de représentativité des associations en cause

associations in question for collective bargaining purposes (factum, at para. 72). It notes that these are an integral part of a labour relations regime put in place to ensure industrial peace. Consistent with the above argument, it is clear from the *mis en cause*'s oral submissions that the only purpose of the imposed association is collective bargaining and that this is both a non-protected right and an activity that is in the interest of the workers. In my view, it is not so much the activity undertaken by the association that is relevant in determining whether or not the legislative objective is pressing and substantial; it is the purpose of the Act itself and of the requirement that workers join one of five specified unions in order to participate in the industry in question.

The *mis en cause* provides this Court with a historical perspective and argues that nothing short of this overall regime works in this industry in Quebec. LeBel J. agrees and acknowledges that s. 30 was merely adopted to determine which unions will enrol the members and will thereby be given representative status. His justification for these findings is based on documents and events that predate the *Charter*. Proving necessity requires a context based on present realities and circumstances. As such, it would be a rare case, in my view, where what was justified in the past when no *Charter* values were involved would be determinative. This is consistent with this Court's decision in *Big M Drug Mart*, *supra*, where it was stated that it is not sufficient to consider the objective of the legislation prior to the coming into force of the *Charter*. This Court must consider the objective of the legislation as it stands today. At a minimum, the *mis en cause* should have given evidence of the actual functioning of the system, the participation of workers in the limited democratic process provided, and the reasons that justify infringement of the democratic right and extreme restriction of the positive right of association.

The *mis en cause* does not discuss the s. 30 requirements which must be met in order to work in Quebec, or the regional quotas. I accept that it is in the public interest to have structured collective

pour la négociation collective (mémoire, par. 72). Il souligne que ces associations font partie intégrante d'un régime de relations du travail mis en place pour assurer la paix industrielle. Dans le même sens que cet argument, la plaidoirie du mis en cause fait clairement ressortir que le seul objet de l'association imposée est la négociation collective et que cette dernière est un droit non protégé et une activité dans l'intérêt des travailleurs. Selon moi, ce n'est pas tant l'activité entreprise par l'association qui est pertinente pour déterminer si l'objectif législatif est urgent et réel; c'est l'objet de la Loi elle-même et de l'exigence que les travailleurs adhèrent à l'un des cinq syndicats désignés pour pouvoir travailler dans le secteur industriel en question.

Le mis en cause fournit à notre Cour un point de vue historique et prétend que seul ce régime global fonctionne dans ce secteur industriel au Québec. Le juge LeBel est d'accord et reconnaît que l'art. 30 a été adopté simplement pour permettre de déterminer quels syndicats recruteraient des membres et se verraient de ce fait accorder le statut d'association représentative. Il fonde ces conclusions sur des documents et des événements antérieurs à la *Charte*. La preuve de nécessité exige un contexte reposant sur la situation et les circonstances actuelles. Ainsi, il serait très rare, à mon avis, que ce qui était justifié par le passé lorsqu'aucune valeur véhiculée par la *Charte* n'était en cause soit déterminant. Cette façon de voir est compatible avec la décision rendue par notre Cour dans *Big M Drug Mart*, précité, où il est dit qu'il ne suffit pas d'examiner l'objectif de la loi telle qu'elle était avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Notre Cour doit examiner l'objectif de la loi telle qu'elle existe aujourd'hui. À tout le moins, le mis en cause aurait dû présenter des éléments de preuve portant sur le fonctionnement réel du régime, sur la participation des travailleurs au processus démocratique limité prévu et sur les raisons justifiant la violation du droit démocratique et la restriction extrême du droit positif de s'associer.

Le mis en cause n'aborde pas les exigences de l'art. 30 auxquelles il faut satisfaire pour travailler au Québec ni les quotas régionaux. Je conviens qu'il est dans l'intérêt public qu'il y ait une

bargaining and to provide for competency requirements; these are no doubt pressing and substantial objectives. But I have difficulty accepting that these are the true objectives of the impugned provisions. The legislation brings into play restrictions on the admission to the industry, cancellation of the ability to have a non-unionized business, restrictions on bargaining rights, imposition of regional quotas and impingement of regional mobility. The *mis en cause* has not demonstrated that there is a logical relationship between its stated objectives and these restrictions. Even if I did accept the stated objectives and found a link to exist, the *mis en cause* would fail to meet the requirements of the minimal impairment branch of the proportionality tests.

47

Regarding the relationship between forced association and the objective stated, the *mis en cause* submits that it is essential to collective bargaining in this area to limit the number of actors in this industry. This is an argument based on the history of labour relations in Quebec. However, as stated above, the *mis en cause* has failed to show that permitting structured collective bargaining is the true purpose of these provisions as drafted. Further, any justification based on competency is untenable. The actual requirements of s. 30 and the regional quotas have little if anything to do with the professional competence of workers in the construction industry. This was noted by Judge Bonin who stated that “[t]he certificate’s main purpose was to maintain hiring priority”. Being a resident of Quebec in the previous year, having worked a set number of hours in that year, and being less than 50 years old, do not verify competence. The same may be said for the regional quotas and control over regional mobility within the province. As such, I find there is no rational connection between the objective and the measures taken.

48

Minimal impairment is also an important consideration in this case. Despite any public interest objective that may be said to exist, this Court must

négociation collective structurée et que des exigences de compétence soient prévues; il s’agit sans aucun doute d’objectifs urgents et réels. Mais j’ai du mal à convenir qu’il s’agisse des véritables objectifs des dispositions contestées. La loi entraîne des restrictions à l’admission dans le secteur industriel, le retrait de la possibilité qu’il y ait des entreprises non syndiquées, des restrictions aux droits de négociation, l’imposition de quotas régionaux et l’empiètement sur la liberté de circuler et de s’établir dans toute région. Le *mis en cause* n’a pas démontré l’existence d’un lien logique entre les objectifs qu’il a énoncés et ces restrictions. Même si j’acceptais les objectifs énoncés et que je concluais à l’existence d’un lien, le *mis en cause* ne satisferait pas à l’exigence d’atteinte minimale que comporte le critère de proportionnalité.

Relativement au lien entre l’association forcée et l’objectif énoncé, le *mis en cause* soutient qu’il est essentiel, pour la négociation collective dans ce domaine, de limiter le nombre d’acteurs dans ce secteur industriel. Il s’agit d’un argument fondé sur l’histoire des relations du travail au Québec. Toutefois, comme je l’ai déjà mentionné, le *mis en cause* n’a pas réussi à démontrer que ces dispositions, telles qu’elles sont libellées, visent véritablement à permettre une négociation collective structurée. En outre, toute justification fondée sur la compétence est insoutenable. Les véritables exigences de l’art. 30 et les quotas régionaux n’ont pratiquement rien à voir avec la compétence professionnelle des travailleurs dans le secteur de la construction. Cela a été souligné par le juge Bonin, qui a dit que « [c]e certificat avait principalement comme but de maintenir la priorité d’embauche ». Le fait d’avoir résidé au Québec au cours de l’année précédente, d’avoir travaillé un nombre d’heures déterminé cette année-là et d’être âgé de moins de 50 ans ne vérifie pas la compétence. On peut en dire autant des quotas régionaux et des restrictions à la circulation et à l’établissement dans toute région de la province. Par conséquent, je conclus à l’absence de lien rationnel entre l’objectif et les mesures prises.

L’atteinte minimale est également une considération importante en l’espèce. Malgré tout objectif d’intérêt public qui existerait, notre Cour doit

still consider if the individual worker is minimally affected by the obligation to join one of five specific associations and the additional requirements which must be met in order to join these associations. Trudel J. stated that if there was an infringement of s. 2(d), any restriction is minimal; but she does not explain this finding beyond stating that every employee is free to choose which association he or she must join and affirming that the potential worker may also voice his or her dissent at all union meetings or votes without sanction (pp. 930-31). She does not discuss the fundamental importance of ideological conformity as described in these reasons. She did not discuss the specific provisions in s. 30, nor the Regulations. Her view seems to be that the “competency” requirements *per se* are not related to freedom of association. I disagree. In this case, they are related to freedom of association because one must meet these requirements to join the union (s. 32). In my view, any justification must deal with the terms of the regime and its effects. The *mis en cause* must show that the actual scheme is justified as a fair limitation on the *Charter* right affected.

If one views the purpose of the legislation as ensuring the competency of construction workers, neither the limitation of the “freedom to associate” nor the limitation of the “freedom from association” are minimally impairing. As discussed above, s. 30 and the regional quotas have little or nothing at all to do with competence and, as such, they certainly cannot be viewed as minimal impairments of s. 2(d).

Further, when considering the public interest nature of collective bargaining, I fail to see how s. 30 and the regional quotas minimally impair the positive and negative components of the freedom of association. While recognizing the importance of collective bargaining in the public interest, if this was in fact the objective of these provisions, there is no evidence that it need result in government control over admission to the work force based on the factors discussed above or result in a denial of the

déterminer si le travailleur n’est touché que de façon minimale par l’obligation d’adhérer à l’une des cinq associations désignées et par les exigences supplémentaires qu’il doit respecter pour adhérer à ces associations. Selon Madame le juge Trudel, s’il y a violation de l’al. 2d), la restriction est minimale; mais elle n’explique pas cette conclusion sauf en disant que tout salarié a le droit d’appartenir à l’association de son choix et en affirmant que le travailleur potentiel peut aussi exprimer sa dissidence à toute assemblée syndicale et voter sans encourir une sanction (p. 930-931). Elle n’a pas abordé la question de l’importance fondamentale de la conformité idéologique, dont il est fait mention dans les présents motifs. Elle n’a pas traité des dispositions précises de l’art. 30 et des règlements. Elle semble être d’avis qu’en soi, les exigences de « compétence » ne sont pas liées à la liberté d’association. Je ne suis pas d’accord. En l’espèce, elles sont liées à la liberté d’association parce qu’il faut y satisfaire pour pouvoir adhérer au syndicat (art. 32). Selon moi, toute justification doit porter sur les modalités et les effets du régime. Le *mis en cause* doit démontrer que le régime, tel qu’il existe, est justifié en tant que restriction équitable du droit garanti par la *Charte* qui est touché.

Si on considère que la loi a pour objet d’assurer la compétence des travailleurs de la construction, ni la restriction de la « liberté de s’associer » ni celle de la « liberté de ne pas s’associer » ne constituent une atteinte minimale. Comme je l’ai mentionné précédemment, l’art. 30 et les quotas régionaux n’ont rien ou presque rien à voir avec la compétence, de sorte qu’ils ne peuvent certainement pas être considérés comme des atteintes minimales à l’al. 2d).

En outre, à l’examen de la nature d’intérêt public de la négociation collective, je ne vois pas comment l’art. 30 et les quotas régionaux ne portent atteinte que de façon minimale aux composantes positive et négative de la liberté d’association. Même si on reconnaît l’importance de la négociation collective pour l’intérêt public, si tel était bel et bien l’objectif de ces dispositions, rien ne prouve que celle-ci doive donner lieu au contrôle du gouvernement sur l’admission au marché du travail en fonction des

49

50

democratic principle. As was shown by the factual situation in *Lavigne*, there are other choices that a government can make which support collective bargaining. The imposition of a Rand formula, for instance, would allow for collective bargaining to continue without the requirement that workers actually join a union. Furthermore, with respect to a means to protect the negative right, had there been no problem with the positive right in this case, the government could possibly have instituted a clause allowing those who did not wish to join a union to simply abstain while continuing to pay union dues to the representative union in the majority or to a collective 'pot' to be divided equally among all five representative unions.

51 Given the above conclusions, it is unnecessary to consider the deleterious effects of the measures chosen.

52 I would allow the appeal with costs, strike down ss. 30 and 32 of the Act and s. 23 of the *Regulation respecting the election of a representative association by the employees of the construction industry*, and suspend the declaration of invalidity for 18 months to permit the legislature to consider amendments to its legislation.

The following are the reasons delivered by

53 L'HEUREUX-DUBÉ J. — In this appeal, the appellants challenge the constitutionality of the legislation which governs labour relations in the construction industry in Quebec, the *Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry*, R.S.Q., c. R-20 (the "Act"). My colleague LeBel J. reaches the conclusion that the Act is constitutional and hence would dismiss the appeal. I agree with this result but I reach it by a different route.

54 My colleague LeBel J. makes an extensive review of the troubled history of labour relations in the Quebec construction industry and of the legislative history of the Act to which I subscribe entirely. As I mentioned in *Delisle v. Canada*

facteurs susmentionnés ou à la négation du principe démocratique. Comme le démontrent les faits dans *Lavigne*, le gouvernement peut faire d'autres choix qui soutiennent la négociation collective. L'imposition de la formule Rand, par exemple, permet que la négociation collective se poursuive sans que les travailleurs soient tenus d'adhérer à un syndicat. En outre, quant au moyen de protéger le droit négatif, s'il n'y avait eu aucun problème avec le droit positif en l'espèce, le gouvernement aurait pu adopter une clause permettant à ceux qui ne souhaitent pas adhérer à un syndicat de simplement s'abstenir tout en continuant de verser des cotisations syndicales au syndicat représentatif de la majorité ou dans un « fonds » collectif à diviser également entre les cinq syndicats représentatifs.

Compte tenu des conclusions qui précèdent, il n'y a pas lieu d'examiner les effets préjudiciables des mesures choisies.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'invalider les art. 30 et 32 de la Loi et l'art. 23 du *Règlement sur le choix d'une association représentative par les salariés de l'industrie de la construction*, et de suspendre la déclaration d'invalidité pour 18 mois afin de permettre au législateur d'examiner la possibilité d'apporter des modifications à sa législation.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Les appelants contestent dans ce pourvoi la constitutionnalité de la loi régissant les relations du travail dans l'industrie de la construction au Québec, la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20 (la « Loi »). Mon collègue le juge LeBel conclut à la constitutionnalité de la Loi et rejette le pourvoi. Je souscris à cette conclusion, mais j'y arrive par une voie différente.

Le juge LeBel fait une revue exhaustive de l'histoire mouvementée des relations du travail dans le secteur de la construction au Québec ainsi que du contexte législatif de la Loi, examen auquel je souscris entièrement. Comme je l'ai mentionné dans

(*Deputy Attorney General*), [1999] 2 S.C.R. 989, at para. 6:

The unique context of labour relations must always be considered in constitutional claims in this area, and the right to freedom of association must take into account the nature and importance of labour associations as institutions that work for the betterment of working conditions and the protection of the dignity and collective interests of workers in a fundamental aspect of their lives: employment. The contextual approach to *Charter* analysis must also take into account the history of the need for government intervention to make effective the rights of workers to associate together. [Emphasis in original.]

The appellants allege that the Act violates s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* since the Act forces employees in the construction industry to belong to a union and, in so doing, infringes the “right not to associate” which, in their view, is protected by s. 2(d). In a detailed discussion of *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, and of the diverse views expressed therein by the seven members of that Court concerning the “right not to associate”, my colleague LeBel J. finds that the majority of the Court concluded that s. 2(d) protects the “right not to associate”. He adopts a narrow scope for that right, which he deciphers from those various opinions. On this view, the Act would not violate s. 2(d), had the Act been found to coerce Quebec construction industry workers to belong to a representative association, a finding LeBel J. does not make in any event.

LeBel J. argues at para. 189 that in the opinion of a majority of the Court in *Lavigne*, “a right not to associate existed as a necessary component of the guarantee of freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*”. I respectfully disagree. My own analysis of the plural and divergent opinions in *Lavigne* drives me to a different conclusion, particularly since the point was discussed in answer to an argument advanced by the appellant *Lavigne*, was only peripheral to the issue in that case and did not dictate the result. The Court split evenly (3-3) for and against the alleged “right not to associate” and

Delisle c. Canada (Sous-procureur général), [1999] 2 R.C.S. 989, par. 6 :

Il faut toujours tenir compte du contexte unique des relations du travail lorsqu’il s’agit de demandes fondées sur la Constitution dans ce domaine, et la liberté d’association doit être interprétée en fonction de la nature et de l’importance des associations de travailleurs en tant qu’institutions œuvrant pour l’amélioration des conditions de travail et pour la protection de la dignité et des intérêts collectifs des travailleurs dans un aspect fondamental de leur vie : l’emploi. De même, l’analyse contextuelle fondée sur la *Charte* doit également tenir compte de la nécessité traditionnelle de l’intervention gouvernementale pour rendre exécutoires les droits d’association des travailleurs. [Souligné dans l’original.]

Selon les appelants, la Loi viole l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* puisqu’elle oblige les salariés du secteur de la construction à se syndiquer et, ce faisant, elle porte atteinte au « droit de ne pas s’associer », qui, à leur avis, est protégé par l’al. 2d). Dans son analyse approfondie de *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, et des diverses opinions que les sept juges de notre Cour y ont exprimées relativement au « droit de ne pas s’associer », mon collègue le juge LeBel estime que les juges majoritaires de la Cour ont conclu que l’al. 2d) protège le « droit de ne pas s’associer ». Il adopte une interprétation restrictive de ce droit, qu’il infère de ces diverses opinions. Selon cette interprétation, la Loi ne violerait pas l’al. 2d) même si on devait conclure qu’elle oblige les travailleurs du secteur de la construction du Québec à être membres d’une association représentative, conclusion que le juge LeBel ne tire pas de toute manière.

Le juge LeBel affirme, au par. 189, que, d’après les juges majoritaires de notre Cour dans l’arrêt *Lavigne*, « le droit de ne pas s’associer [. . .] constituait une composante nécessaire de la garantie de liberté d’association visée par l’al. 2d) de la *Charte* ». Avec égards, je ne suis pas d’accord. Mon analyse des différentes opinions divergentes exprimées dans *Lavigne* m’amène à une tout autre conclusion, d’autant plus que la question a été abordée simplement en réponse à un argument avancé par l’appellant *Lavigne*, qu’elle était accessoire à la question en litige dans cette affaire et qu’elle n’en

McLachlin J. (now Chief Justice) did not pronounce on this issue, which, as she said, “is not necessary for my purposes to resolve” (p. 343). She went on to discuss that point “[a]ssuming that a right not to associate exists” (p. 346 (emphasis added)). The most that can be said is that a slim majority expressed a preference for a “right not to associate” protected under s. 2(d), assuming that such a right exists, of a very narrow scope described in the words of McLachlin J. as “freedom from coerced ideological conformity” (p. 344). My colleague LeBel J. adopts this narrow scope of the right in the present case.

a pas dicté la conclusion. Notre Cour s’est divisée également (3-3) quant au présumé « droit de ne pas s’associer », Madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) ne s’étant pas prononcée sur cette question, qu’« il [n’est] pas nécessaire, à mon avis, de résoudre », a-t-elle dit (p. 343). Elle a ensuite analysé la question en « présu[m]ant qu’il existe un droit de ne pas s’associer » (p. 346 (je souligne)). Tout ce qu’on peut dire, c’est qu’une faible majorité a exprimé une préférence pour un « droit de ne pas s’associer » d’une portée très limitée protégé par l’al. 2d), si tant est qu’un tel droit existe, droit que le juge McLachlin a décrit comme étant « la liberté de ne pas se voir imposer la conformité idéologique » (p. 344). Mon collègue le juge LeBel adopte en l’espèce cette interprétation restrictive du droit en cause.

57

In these circumstances, I find that *Lavigne* is neither authoritative nor persuasive on the issue of the protection under s. 2(d) of a “right not to associate” and I feel free to adhere to the views of Wilson J. in *Lavigne* on this point, reasons with which Cory J. and I concurred. Subsequent decisions of our Court on the scope of s. 2(d) did not revisit the issue of the alleged protected “right not to associate” under s. 2(d): see for example *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Delisle*, *supra*.

Dans les circonstances, je conclus que l’arrêt *Lavigne* n’est ni déterminant ni persuasif sur la question de la protection de l’al. 2d) du « droit de ne pas s’associer » et je n’ai aucune hésitation à souscrire à l’opinion de Madame le juge Wilson sur cette question dans *Lavigne*, à laquelle le juge Cory et moi-même avons souscrit. Notre Cour, dans ses décisions ultérieures sur la portée de l’al. 2d), n’est pas revenue sur la question du « droit de ne pas s’associer », qui, affirme-t-on, est protégé par l’al. 2d) : voir, par exemple, *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Delisle*, précité.

58

Wilson J. made an extensive analysis of the alleged protected “right not to associate” in *Lavigne*. As I did then, I now adopt her reasons, which show that s. 2(d) does not incorporate the “two sides of a bilateral freedom”, to use the expression of La Forest J. in *Lavigne* (p. 319). However *prima facie* intellectually seductive and “a matter of simple logic” this negative counterpart of s. 2(d)’s right to associate may be, such reasoning was rejected in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296: see *Lavigne*, at pp. 258-59, *per* Wilson J. The negative right is nowhere articulated in the *Charter*, as my colleague LeBel J. points out at para. 193 of his reasons. It is antithetical to the purpose and scope of the protected right of association. It does not sit well with the structure of the *Charter*. It would trivialize the *Charter* since the

Dans l’arrêt *Lavigne*, le juge Wilson analyse de façon exhaustive le présumé « droit de ne pas s’associer ». Comme je l’ai fait à l’époque, je souscris encore aujourd’hui à ses motifs, selon lesquels l’al. 2d) ne comporte pas « les deux revers d’une liberté bilatérale », pour reprendre l’expression utilisée par le juge La Forest dans *Lavigne* (p. 319). Même si, à première vue, la contrepartie négative du droit d’association garanti par l’al. 2d) peut paraître attrayante sur le plan intellectuel et sembler être une simple question de logique, ce raisonnement a été rejeté dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296 : voir *Lavigne*, p. 258-259, le juge Wilson. Ce droit négatif n’est formulé nulle part dans la *Charte*, comme mon collègue le juge LeBel le souligne au par. 193 de ses motifs.

recognition of such a right would have serious consequences, which would oblige the courts to adopt severe limitations to differentiate between genuine and constitutionally insignificant violations of s. 2(d): see *Merry v. Manitoba and Manitoba Medical Association* (1989), 58 Man. R. (2d) 221 (Q.B.). This is the case in the United States: see N. L. Cantor, "Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association" (1983-1984), 36 *Rutgers L. Rev.* 3, and there are already proposals in Canada of ways to mitigate these inevitable floodgate problems: see B. Etherington, "Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 1. My colleague LeBel J.'s discussion in the present case is a good illustration of the difficulties of trying to circumscribe such an alleged right (in particular at paras. 215-32) which Iacobucci J. underlines (para. 284).

Although I agree that no one should be forced to associate, contrary to my colleague LeBel J. I am of the view that s. 2(d) of the *Charter* does not offer such constitutional protection for the reasons I articulated. Rather, and particularly on the narrowly circumscribed definition of that right and numerous built-in exceptions which my colleague LeBel J. adopts, the constitutional guarantee of freedom of expression under s. 2(b) will come into play if and when one is forced to associate as well as possibly s. 7 of the *Charter*. There is no need to create a "right not to associate" as a component of s. 2(d) of the *Charter* with all the consequences which might ensue and a protected right which, in my view, is not contemplated by s. 2(d).

The real concern expressed by McLachlin J. in *Lavigne* regarding "freedom from coerced ideological conformity" can be addressed without creating a protected "right not to associate", as Wilson J.

Il est à l'opposé de l'objet et de la portée du droit d'association protégé. Il s'inscrit mal dans le régime de la *Charte*. Il banalise la *Charte* puisque la reconnaissance d'un tel droit aurait de sérieuses conséquences, qui obligerait les tribunaux à poser des limites strictes pour différencier les véritables violations de l'al. 2d) de celles qui sont triviales sur le plan constitutionnel : voir *Merry c. Manitoba and Manitoba Medical Association* (1989), 58 Man. R. (2d) 221 (B.R.). C'est le cas aux États-Unis : voir N. L. Cantor, « Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association » (1983-1984), 36 *Rutgers L. Rev.* 3, et on propose déjà au Canada des façons d'atténuer ces inévitables problèmes d'avalanche de poursuites : voir B. Etherington, « Freedom of Association and Compulsory Union Dues : Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate » (1987), 19 *R.D. Ottawa* 1. L'analyse de mon collègue le juge LeBel en l'espèce illustre bien la difficulté à circonscrire un tel droit présumé (en particulier aux par. 215-232), comme le souligne d'ailleurs le juge Iacobucci (par. 284).

Même si j'estime que personne ne devrait être forcé de s'associer, contrairement à mon collègue le juge LeBel, je considère que l'al. 2d) de la *Charte* n'offre pas une telle protection constitutionnelle pour les raisons que j'ai exposées. Je crois plutôt, surtout compte tenu de l'interprétation restrictive de ce droit et des nombreuses exceptions intrinsèques qu'adopte mon collègue le juge LeBel, que la garantie constitutionnelle de liberté d'expression prévue par l'al. 2b) est celle qui entre en jeu en cas d'association forcée, de même que possiblement la garantie prévue à l'art. 7 de la *Charte*. Il n'y a pas lieu de créer un « droit de ne pas s'associer » comme composante de l'al. 2d) de la *Charte*, avec toutes les conséquences qu'une telle protection peut entraîner, et que, à mon avis, l'al. 2d) n'a jamais voulu garantir.

On peut répondre à la véritable préoccupation exprimée par le juge McLachlin dans *Lavigne* quant à « la liberté de ne pas se voir imposer la conformité idéologique » sans créer un « droit de ne

pointed out in *Lavigne*: “To hold that s. 2(d) does not include the right not to associate does not leave those who do not wish to associate without redress for these harms. Sections 2(b) and 7 of the *Charter*, in particular, would seem to me to be available in appropriate cases” (p. 263).

61

I am also mindful of Dickson J.’s words in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, referred to by Wilson J. in *Lavigne*, at p. 259, that extending the protected right to freedom of association to include a freedom not to associate would be “to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question”. As mentioned by Wilson J., at p. 259:

Mr. Goudge argued that to include a negative freedom of association within the compass of s. 2(d) would set the scene for contests between the positive associational rights of union members and the negative associational rights of non-members. To construe the section in this way would place the Court in the impossible position of having to choose whose s. 2(d) rights should prevail. I agree with counsel for the respondent that an interpretation leading to such a result should be avoided if at all possible.

The Fundamental Purpose of Freedom of Association

62

In *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the “*Alberta Reference*”), McIntyre J., for the majority, stated at p. 408, that the “fundamental purpose of freedom of association . . . [is] to permit the collective pursuit of common goals”. In *Lavigne*, *supra*, Wilson J., at p. 252, reviewed the analysis on freedom of association in the *Alberta Reference* and concluded that:

[I]n construing the purpose behind s. 2(d) this Court was unanimous in finding that freedom of association is meant to protect the collective pursuit of common goals. This reading of the purpose behind the guarantee of freedom of association has been confirmed in more recent cases. For instance, s. 2(d) was considered again in the labour relations context in *Professional Institute of*

pas s’associer » protégé, comme le souligne le juge Wilson dans *Lavigne* : « Conclure que l’al. 2d) n’inclut pas le droit de ne pas s’associer ne prive pas ceux qui ne veulent pas s’associer de tout moyen d’obtenir une réparation pour ces préjudices. L’alinéa 2b) et l’art. 7 de la *Charte*, en particulier, me sembleraient susceptibles d’être invoqués dans les cas qui s’y prêtent » (p. 263).

Je suis également consciente des propos du juge Dickson dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, que cite le juge Wilson dans *Lavigne*, p. 259, selon lesquels l’élargissement du droit protégé à la liberté d’association de manière à y inclure la liberté de ne pas s’associer reviendrait à « aller au-delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question ». Comme l’a mentionné le juge Wilson à la p. 259 :

M^e Goudge a soutenu qu’élargir la portée de l’al. 2d) afin d’y englober une liberté d’association négative ouvrirait la porte à des conflits entre les droits de s’associer des syndiqués et les droits de ne pas s’associer des non-syndiqués. Interpréter ainsi cette disposition placerait la Cour dans la situation impossible où elle aurait à choisir quels droits garantis par l’al. 2d) devraient l’emporter. Je suis d’accord avec l’avocat de l’intimé pour dire qu’il faut autant que possible éviter toute interprétation produisant ce résultat.

L’objet fondamental de la liberté d’association

Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le « *Renvoi relatif à l’Alberta* »), le juge McIntyre, au nom de la majorité, affirme à la p. 409 que « l’objet fondamental de la liberté d’association [. . .] est de permettre la poursuite collective d’objectifs communs ». Dans *Lavigne*, précité, le juge Wilson, p. 252, revisite l’analyse de la liberté d’association dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* et conclut :

[N]otre Cour, en interprétant l’objectif qui sous-tend l’al. 2d), a conclu unanimement que la liberté d’association vise à protéger la poursuite collective d’objectifs communs. Cette interprétation de l’objet de la garantie de la liberté d’association a été confirmée dans des arrêts plus récents. Par exemple, l’al. 2d) a encore fait l’objet d’un examen dans le contexte des

the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner), [1990] 2 S.C.R. 367 (“P.I.P.S.”). [Emphasis added.]

In *Lavigne*, La Forest J., at p. 317, introduced the term “individual aspirations” when he noted that “[i]t is important to recognize that while it is true, as Wilson J. states in her reasons, at p. 251, that ‘freedom of association is meant to protect the collective pursuit of common goals’, such protection is afforded ultimately to further individual aspirations”.

I interpret the meaning of “individual aspirations” as being a set which includes a subset under the rubric of “common goals” as well as a subset comprising “individual goals”. In the context of freedom of association, I view La Forest J.’s “individual aspirations” as referring primarily to the subset of common goals. The pursuit of individual aspirations comprises both the pursuit of individual goals and the pursuit of common goals. The freedom to associate protects the giving effect to the latter. While it could be the case that in a given case only common goals are involved, the inclusion of individual goals within the term “individual aspirations” does not negate the argument.

I believe that it would not correspond with this Court’s jurisprudence to characterize the purpose of s. 2(d) as meaning solely the protection of the common pursuit of individual goals, i.e. with no common goals in the equation.

There is an additional reason why the “common pursuit of individual goals” is not appropriate in the context of freedom of association analysis. In society, there is an element of synergy when individuals interact. The mere addition of individual goals will not suffice. Society is more than the sum of its parts. Put another way, a row of taxis do not a bus make. An arithmetic approach to *Charter* rights fails to encompass the aspirations imbedded in it.

relations de travail dans *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« I.P.F.P. »). [Je souligne.]

Pour sa part, le juge La Forest, à la p. 317 de cet arrêt, introduit l’expression « aspirations individuelles » lorsqu’il note qu’« [i]l importe de reconnaître que bien qu’il soit vrai, comme le dit le juge Wilson dans ses motifs, à la p. 251, que “la liberté d’association vise à protéger la poursuite collective d’objectifs communs”, cette protection sert en fin de compte à promouvoir des aspirations individuelles ».

J’interprète l’expression « aspirations individuelles » comme étant un ensemble comprenant un sous-ensemble d’« objectifs communs » et un sous-ensemble d’« objectifs individuels ». J’estime qu’en matière de liberté d’association, les « aspirations individuelles » dont parle le juge La Forest renvoient principalement au sous-ensemble des objectifs communs. La poursuite d’aspirations individuelles comprend les deux : objectifs individuels et objectifs communs. La liberté d’association protège la mise en œuvre de ces derniers. Bien qu’une affaire donnée puisse porter uniquement sur des objectifs communs, l’inclusion d’objectifs individuels dans l’expression « aspirations individuelles » ne réfute pas cet argument.

À mon sens, il ne serait pas conforme à la jurisprudence de la Cour de considérer que l’al. 2d) vise uniquement la protection de la poursuite collective d’objectifs individuels, soit que les objectifs communs n’entreraient pas en ligne de compte.

Il existe une raison additionnelle pour laquelle la « poursuite collective d’objectifs individuels » n’entre pas dans le cadre de l’analyse de la liberté d’association. L’interaction des individus entraîne un élément de synergie dans la société. La simple addition d’objectifs individuels ne suffit pas. La société est plus que la somme de ses parties. Autrement dit, une rangée de taxis n’équivaut pas à un autobus. L’application d’une méthode mathématique à l’égard des droits garantis par la *Charte* ne tient pas compte des aspirations qu’elle enchâsse.

63

64

65

66

67

In this context, negative rights are viewed as individual rights embodying individual goals: an individual is given the constitutional right not to belong to an association. But, if the “fundamental purpose of freedom of association, . . . [is] to permit the collective pursuit of common goals”, then the very concept of a “negative freedom of association” becomes suspect. At issue is the definition of “common goals”. In such a context, the “collective pursuit of common goals” leads to an abstraction which is difficult to justify.

68

The references to American jurisprudence, also relied on by the appellant in *Lavigne*, as well as to the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, quoted by my colleagues, are subject to the following caveat expressed by Wilson J. in *Lavigne*, at pp. 256-58:

[T]his Court must exercise caution in adopting any decision, however compelling, of a foreign jurisdiction. This Court has consistently stated that even although it may undoubtedly benefit from the experience of American and other courts in adjudicating constitutional issues, it is by no means bound by that experience or the jurisprudence it generated. The uniqueness of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* flows not only from the distinctive structure of the *Charter* as compared to the American Bill of Rights but also from the special features of the Canadian cultural, historical, social and political tradition. . . .

These observations are particularly apposite in this appeal since, as regards freedom of association, our *Charter* stands in marked contrast to the American Bill of Rights. A freedom to associate is not explicitly recognized in the Constitution of the United States. Protection of this freedom has been made possible only through its judicial recognition as a derivative of the First Amendment guarantee of freedom of speech. . . .

Under the *Charter*, in contrast, there is no necessary connection between association and speech in order to engage s. 2(d). This distinction was noted by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*.

Dans ce contexte, les droits négatifs sont considérés comme des droits individuels incarnant des objectifs individuels : la Constitution garantit à tout individu le droit de ne pas être membre d'une association. Mais, si « l'objet fondamental de la liberté d'association, [. . .] est de permettre la poursuite collective d'objectifs communs », la notion même de « liberté d'association négative » devient suspecte. C'est la définition d'« objectifs communs » qui est en cause. Dans un tel contexte, la « poursuite collective d'objectifs communs » mène à une abstraction difficile à justifier.

Le renvoi à la jurisprudence américaine, sur laquelle s'est également appuyé l'appelant dans *Lavigne*, de même que le renvoi à la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, citée par mes collègues, sont subordonnés à la mise en garde suivante du juge Wilson dans *Lavigne*, p. 256-258 :

[N]otre Cour doit faire preuve de prudence en adoptant une décision, si convaincante soit-elle, d'un tribunal étranger. Notre Cour a constamment affirmé que, quand bien même elle peut sans aucun doute tirer profit de l'expérience des tribunaux américains et d'autres tribunaux étrangers en matière constitutionnelle, elle n'est pas du tout liée par cette expérience ni par la jurisprudence en découlant. Le caractère unique de la *Charte canadienne des droits et libertés* tient non seulement à la structure distincte de la *Charte*, comparativement au *Bill of Rights* américain, mais encore aux particularités de la tradition culturelle, historique, sociale et politique du Canada . . .

Ces observations sont particulièrement à propos dans ce pourvoi car, en ce qui concerne la liberté d'association, notre *Charte* contraste d'une façon frappante avec le *Bill of Rights* américain. Dans la Constitution des États-Unis, la liberté d'association n'est pas reconnue explicitement. C'est seulement parce que les tribunaux ont reconnu qu'elle pouvait être inférée de la liberté de parole garantie par le Premier amendement que la protection de cette liberté est devenue possible . . .

Par contre, sous le régime de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'établir de lien entre l'association et l'expression pour que l'al. 2d) s'applique. Le juge en chef Dickson fait ressortir cette distinction dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*.

On this point, as stated by Professor P. W. Hogg in *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 56-18.2:

A case that is properly before a court may be capable of decision on a non-constitutional ground or a constitutional ground or both. The course of judicial restraint is to decide the case on the non-constitutional ground. That way, the dispute between the litigants is resolved, but the impact of a constitutional decision on the powers of the legislative or executive branches of government is avoided.

The course of judicial restraint suggests that no new constitutional doctrine should be developed if existing doctrine could resolve the issue. In this regard, I would make a comment on the case of *Sigurjónsson v. Iceland*, Eur. Court H.R., judgment of 30 June 1993, Series A No. 264, cited by LeBel J. in his reasons at para. 250, where he stated that in *Sigurjónsson*, the European Court of Human Rights (“ECHR”) “clearly accepted that a right not to associate should be read into the guarantee of art. 11(1)”. At p. 17, the majority of the ECHR stated:

... Sigurjónsson objected to being a member of the association in question partly because he disagreed with its policy in favour of limiting the number of taxicabs and, thus, access to the occupation; in his opinion the interests of his country were better served by extensive personal freedoms, including freedom of occupation, than State regulation. Therefore, the Court is of the view that Article 11 can, in the circumstances, be considered in the light of Articles 9 and 10, the protection of personal opinion being also one of the purposes of the freedom of association guaranteed by Article 11 (see the above-mentioned Young, James and Webster judgment, pp. 23-24, § 57). The pressure exerted on the applicant in order to compel him to remain a member of Frami contrary to his wishes was a further aspect going to the very essence of an Article 11 right; there was an interference too in this respect. [Emphasis added.]

It is apparent that the ECHR reached its conclusion by considering Mr. Sigurjónsson’s individual goals in the context of art. 11 of the European

Sur cette question, comme le dit le professeur P. W. Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 56-18.2 :

[TRADUCTION] Le tribunal doit pouvoir statuer sur une affaire dont il est régulièrement saisi en se fondant sur un motif d’ordre non constitutionnel, sur un motif d’ordre constitutionnel ou sur les deux types de motifs. La voie de la retenue judiciaire consiste à disposer de l’affaire en fonction de motifs d’ordre non constitutionnel. Le tribunal peut ainsi trancher le litige entre les parties en évitant les répercussions des décisions constitutionnelles sur les pouvoirs des organes législatif ou exécutif du gouvernement.

Selon la voie de la retenue judiciaire, les tribunaux doivent se garder d’établir de nouveaux principes constitutionnels si les principes existants permettent de trancher la question. À ce sujet, je ferais un commentaire sur l’affaire *Sigurjónsson c. Islande*, Cour eur. D.H., arrêt du 30 juin 1993, série A n° 264, que le juge LeBel cite dans ses motifs au par. 250, où il déclare que, dans *Sigurjónsson*, la Cour européenne des droits de l’homme (« CEDH ») « a clairement accepté que le droit de ne pas s’associer devait être interprété comme étant visé par la garantie du par. 11(1) »: À la page 17 de sa décision, la majorité de la CEDH dit :

... les objections de [...] Sigurjónsson se fondent en partie sur son désaccord avec la politique de ladite association, favorable à la limitation du nombre des taxis et, partant, de l’accès à la profession; selon lui, des libertés personnelles étendues, y compris la liberté professionnelle, servent mieux les intérêts de son pays qu’une réglementation par l’État. La Cour estime donc pouvoir ici examiner l’article 11 à la lumière des articles 9 et 10 : la protection des opinions personnelles compte parmi les objectifs de la liberté d’association qu’il garantit (arrêt Young, James et Webster précité, pp. 23-24, § 57). Les pressions exercées sur le requérant pour le contraindre à rester à la Frami représentent un élément supplémentaire touchant à l’essence même d’un droit énoncé à l’article 11; partant, il y a eu ingérence là aussi. [Je souligne.]

Il est clair que la CEDH est parvenue à sa décision en examinant les objectifs individuels de M. Sigurjónsson à la lumière de l’art. 11 de la

69

70

71

Convention. The ECHR also held unanimously that it was “not necessary also to examine the case under Articles 9 or 10” (p. 20).

Convention européenne. La CEDH conclut également à l’unanimité qu’il « ne s’impose pas d’examiner aussi l’affaire sur le terrain des articles 9 et 10 » (p. 20).

72

Similarly, in another case cited by LeBel J. at para. 250, *Chassagnou and Others v. France* [GD], Nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, ECHR 1999-III, the ECHR applied a hybrid analysis, a methodology which would not be required in Canada. In that case, all the applicants were owners of small landholdings. By law, the applicants, who are opposed to hunting, had to become members of the approved municipal or intermunicipality hunters’ associations set up in their municipalities and to transfer hunting rights over their land to these associations so that all hunters living in the relevant municipality could hunt there. The ECHR stated (at para. 117):

De même, dans une autre décision citée par le juge LeBel au par. 250, la décision *Chassagnou et autres c. France* [GC], n^{os} 25088/94, 28331/95 et 28443/95, CEDH 1999-III, la CEDH applique une méthode d’analyse hybride, qui ne serait pas requise au Canada. Dans cette affaire, les demandeurs sont tous propriétaires de petits terrains. La loi exige des demandeurs, qui s’opposent à la chasse, qu’ils adhèrent aux associations communales ou intercommunales de chasse agréées établies dans leur commune et qu’ils leur cèdent les droits de chasse afférents à leurs terrains, de manière à ce que tous les chasseurs de la municipalité en question puissent y chasser. Voici ce qu’affirme la CEDH (au par. 117) :

To compel a person by law to join an association such that it is fundamentally contrary to his own convictions to be a member of it, and to oblige him, on account of his membership of that association, to transfer his rights over the land he owns so that the association in question can attain objectives of which he disapproves, goes beyond what is necessary to ensure that a fair balance is struck between conflicting interests and cannot be considered proportionate to the aim pursued.

Contraire de par la loi un individu à une adhésion profondément contraire à ses propres convictions et l’obliger, du fait de cette adhésion, à apporter le terrain dont il est propriétaire pour que l’association en question réalise des objectifs qu’il désapprouve va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer un juste équilibre entre des intérêts contradictoires et ne saurait être considéré comme proportionné au but poursuivi.

There has therefore been a violation of Article 11.

Il y a donc violation de l’article 11.

73

My opposition to the enshrinement of the negative right of association in s. 2(d) is not based on a desire to curtail the rights of those who feel aggrieved by the exclusion of the negative right of association. My argument has to do with my belief that we have the constitutional tools to deal with such a grievance.

Mon opposition à la consécration du droit négatif d’association en vertu de l’al. 2d) n’est pas dictée par le désir de restreindre les droits de ceux qui se sentent lésés par une telle exclusion. Mon raisonnement s’appuie sur le fait que nous disposons, à mon avis, des outils constitutionnels nécessaires pour traiter de ce genre de litige.

74

As discussed above, the analysis followed in *Sigurjónsson* would be contrary to our jurisprudence for two reasons. First, it grounded its analysis primarily on individual goals, giving far lesser weight to communal goals. Secondly, a solution could have been found under arts. 9 or 10, but the ECHR decided otherwise.

Tel que mentionné précédemment, l’analyse effectuée dans *Sigurjónsson* serait contraire à notre jurisprudence pour deux raisons. Premièrement, elle s’appuie principalement sur des objectifs individuels, en accordant beaucoup moins d’importance aux objectifs communs. Deuxièmement, la CEDH aurait pu en arriver à une solution fondée sur les art. 9 ou 10, mais elle en a décidé autrement.

This judicial parsimony should be ascribed to prudence, not miserliness. Constitutional remedies are powerful tools which ought to be used with prudence. When required, however, they should be applied with vigour and in a purposive manner.

An additional reason for caution is based on the fact that the impetus for efforts to establish the negative right to association has historically originated with those opposed to the establishment or maintenance of labour associations. Such a tainted pedigree raises the question of whether we should constitutionalize an initiative whose purpose was to defeat the right to associate. This concern is reflected in the dissenting opinion of Judge Thór Vilhjálmsson in the *Sigurjónsson* case, where he comments (at p. 21):

The present case shows, in my opinion, that the classic freedom of association, which is expressly guaranteed in Article 11 of the Convention, is essentially different from the negative freedom of association. The freedom guaranteed by the Convention was originally one of the foundations of political freedom and activity. Since then, under the protection of this freedom, the trade unions, and their activities aimed at improving the lot of their members, have developed. The Icelandic case before the Court now shows that in certain circumstances it is not clear whether the negative freedom of association is likely to further the interests of those concerned in a way comparable to the clear benefits of the classic freedom. [Emphasis added.]

The creation and application of new judicial tools, featuring a questionable mark of origin, will inevitably generate new jurisprudence to which there are certain risks attached. Such a development may not be viewed as prudent, especially in light of the fact that there is no need to take such a risk because proven alternatives are available.

In any event the European Convention cannot dictate the way the Canadian *Charter* does protect fundamental rights and as my colleague LeBel J. asserts (at para. 251) “the consideration of European jurisprudence is not determinative”. I do not however agree with his assertion that “it confirms an interpretation whereby a limited right to refuse to associate should be read into s. 2(d) of the *Charter*”. In my view such a reading of s. 2(d) of the *Charter*

Cette parcimonie judiciaire doit être attribuée à la prudence et non à l’avarice. Les réparations prévues dans la Constitution sont de puissants outils qu’on doit utiliser avec prudence. Lorsqu’il le faut, toutefois, ils doivent être utilisés avec vigueur et en fonction de l’objet visé.

Le fait que ce soient les opposants à l’établissement ou au maintien d’associations de travailleurs qui ont traditionnellement été les instigateurs des tentatives d’établissement du droit négatif d’association constitue une raison de plus d’être prudent. Étant donné une origine aussi tarée, nous devons nous demander s’il est nécessaire de constitutionnaliser une mesure visant à nier le droit d’association. Les motifs dissidents du juge Thór Vilhjálmsson dans la décision *Sigurjónsson* reflètent cette préoccupation (à la p. 21) :

La présente cause révèle à mon avis que la liberté classique d’association, explicitement consacrée à l’article 11 de la Convention, diffère par essence de la liberté négative d’association. La liberté protégée par la Convention figurait à l’origine parmi les fondements de la liberté et de l’activité politiques. Depuis lors, à la faveur de cette liberté, les syndicats, de même que leurs efforts pour améliorer le sort de leurs membres, ont pris de l’extension. L’affaire islandaise pendante devant la Cour prouve que dans certaines circonstances, on ne discerne pas clairement si la liberté négative d’association peut servir les intérêts des personnes concernées d’une manière comparable aux bienfaits manifestes de la liberté classique. [Je souligne.]

La création et l’application de nouveaux outils judiciaires d’origine douteuse engendreront inévitablement une nouvelle jurisprudence assortie de certains risques. Une telle évolution peut ne pas être considérée comme prudente, surtout parce qu’il est inutile de prendre un tel risque puisqu’il existe des solutions de rechange reconnues.

De toute manière, la Convention européenne ne peut dicter la façon dont la *Charte* canadienne protège les droits fondamentaux, et, comme l’affirme mon collègue le juge LeBel (au par. 251), « l’examen de la jurisprudence européenne n’est pas concluant ». Cependant, je ne souscris pas à son opinion selon laquelle « il confirme l’interprétation voulant que le droit limité de refuser de s’associer est visé par l’al. 2d) de la *Charte* ». À mon avis, une

75

76

77

78

is in no way implied in the European jurisprudence, since it is as compatible with my position that, if such a right exists, it is protected by s. 2(b) of the *Charter*.

79 Here, there is no negation of the right not to associate but only the way in which the Canadian *Charter* protects it. For these reasons, more extensively discussed in the reasons of Wilson J. in *Lavigne*, to which I refer as if herein recited at length, I conclude “that s. 2(d) includes only the positive freedom to associate” in the words of Wilson J. (p. 263). This being said, there is no reason for me to embark on a s. 1 analysis.

80 In conclusion, I agree with LeBel J. that the constitutional question should be answered in the negative and that the appeal should be dismissed.

81 I would like, however, to add the following comment about the reality faced by Quebec workers in the construction industry, which underlies the constitutional challenge under s. 2(d) of the *Charter* in this case.

82 Under s. 39 of the Act, as it was drafted at the time the appellants were charged with infractions under the Act, no employer could employ a worker in the Quebec construction industry unless such worker had previously obtained from the Commission de la construction du Québec a card indicating his or her choice of a representative association among the five unions accredited to represent construction workers. Under s. 36, that card was to be issued only to the workers on a list of all employees who had fulfilled the requirements set out in s. 30 of the Act, namely:

(a) holding a journeyman competency certificate, an occupation competency certificate or an apprentice competency certificate issued by the Commission;

(b) having worked at least three hundred hours during the first twelve of the fifteen complete calendar months preceding the month during which the poll provided for in section 32 is held; and

telle interprétation de l'al. 2d) de la *Charte* n'est aucunement implicite dans la jurisprudence européenne, car celle-ci est compatible avec mon point de vue selon lequel, si un tel droit existe, il est protégé par l'al. 2b) de la *Charte*.

En l'espèce, le droit de ne pas s'associer n'est pas contesté, mais uniquement la façon dont la *Charte* canadienne le protège. Pour ces raisons, qui sont analysées de façon plus exhaustive dans les motifs du juge Wilson dans *Lavigne*, auxquels je renvoie comme s'ils étaient ici au long reproduits, je conclus « que l'al. 2d) n'inclut que la liberté positive de s'associer », pour reprendre les mots du juge Wilson (p. 263). Cela dit, il n'y a aucune raison d'entreprendre une analyse relative à l'article premier.

En conclusion, je partage l'avis du juge LeBel que la question constitutionnelle doit recevoir une réponse négative et que le pourvoi doit être rejeté.

J'aimerais cependant ajouter le commentaire suivant au sujet de la situation à laquelle font face les travailleurs québécois du secteur de la construction et qui, en l'espèce, sous-tend la contestation constitutionnelle fondée sur l'al. 2d) de la *Charte*.

En vertu de l'art. 39 de la Loi, selon son libellé au moment où les appelants ont été inculpés pour infractions à la Loi, aucun employeur ne pouvait employer dans le secteur de la construction du Québec un travailleur qui n'avait pas obtenu au préalable de la Commission de la construction du Québec une carte indiquant son choix d'association représentative parmi les cinq syndicats accrédités pour représenter les travailleurs de la construction. En vertu de l'art. 36, cette carte ne pouvait être délivrée qu'aux travailleurs dont le nom figurait sur la liste des salariés ayant satisfait aux exigences de l'art. 30 de la Loi :

a) titulaires d'un certificat de compétence-compagnon, d'un certificat de compétence-occupation ou d'un certificat de compétence-apprenti délivré par la Commission;

b) ayant effectué au moins trois cents heures de travail au cours des douze premiers des quinze mois civils complets précédant le mois durant lequel a lieu le scrutin prévu à l'article 32;

(c) domiciled in Quebec on the last day of the thirteenth month preceding the original expiry date of the decree made by order under section 47.

Only after having fulfilled all these requirements would a construction worker be allowed to choose a representative association, after being placed on the list. However, fulfilling the requirement of 300 working hours would not be possible since an employee was prohibited from working those 300 hours because s. 39 of the Act prohibits an employer from hiring a worker who does not have a card. This is the conundrum which the construction workers in Quebec were facing at the time.

However, the Act appears to have been subsequently modified, in part by the addition of a new s. 36.1 (S.Q. 1996, c. 74, s. 36): “The Commission may, at any time, issue a card under section 36 to a person who wishes to begin working as an employee in the construction industry and who makes known to the Commission, according to the procedure established by regulation of the Commission, his election respecting one of the associations whose name has been published pursuant to section 29” (emphasis added).

This question of statutory interpretation of the Act not being before us, I leave it at that.

I would dismiss the appeal.

The judgment of Gonthier, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

Labour relations in the Quebec construction industry have gone through a long, complex and difficult history. The present appeal is a new episode of this history. Advance Cutting & Coring Ltd., a construction contractor active in the Ottawa Valley, and the other appellants, who are contractors, real estate promoters or construction workers,

c) domiciliés au Québec au dernier jour du treizième mois qui précède la date originale d’expiration du décret prévu à l’article 47.

C’est uniquement après avoir satisfait à toutes ces exigences qu’un travailleur de la construction pouvait choisir une association représentative, une fois que son nom figure sur la liste. Il n’était toutefois pas possible à un salarié de satisfaire à l’exigence d’avoir effectué 300 heures de travail puisqu’il lui était interdit de le faire étant donné que l’art. 39 de la Loi interdit à un employeur d’embaucher un travailleur sans carte. C’est un problème particulièrement épineux auquel les travailleurs de la construction du Québec devaient faire face à l’époque.

Toutefois, la Loi paraît avoir été modifiée par la suite, en partie par l’ajout du nouvel art. 36.1 (L.Q. 1996, ch. 74, art. 36) : « La Commission peut en tout temps émettre une carte visée à l’article 36 à une personne qui désire commencer à travailler à titre de salarié dans l’industrie de la construction et qui lui communique, selon la procédure que la Commission établit par règlement, le choix qu’elle fait d’une des associations dont le nom a été publié suivant l’article 29 » (je souligne).

Puisque nous ne sommes pas saisis de cette question d’interprétation de la Loi, je ne poursuis pas plus loin l’exercice.

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges Gonthier, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Les relations du travail dans l’industrie de la construction du Québec ont vécu une longue histoire, complexe et difficile, dont le présent pourvoi constitue un nouvel épisode. Advance Cutting & Coring Ltd., un entrepreneur en construction en affaires dans la vallée de l’Outaouais, ainsi que les autres appelants, qui sont des entrepreneurs,

83

84

85

86

87

want to write a new chapter, in order, in their view, to protect the freedom of association of workers in the construction industry. In the process, they want to be acquitted of charges that they hired employees who did not have the required competency certificates to work on a construction project, contrary to the provisions of the *Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry*, R.S.Q., c. R-20 (the “*Construction Act*”) or that they worked in the industry without the proper competency certificates. Needless to say, the respondent and the *mis en cause* and some of the interveners disagree strongly about the contents and direction of this new chapter. They ask that the appeal be dismissed. They even dispute the standing of the appellants to raise the constitutional arguments advanced in this case. For the reasons set out below, even though I accept that the appellants have the standing to raise the constitutional issue, I propose that the appeal be dismissed. In the process of reaching this conclusion, the opportunity has arisen to re-examine this Court’s decision in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211. As a result, I intend to propose a refined view of the right not to associate protected under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and to lay out the limits of that right, in relation to the correlative positive freedom to associate also protected by s. 2(d) of the *Charter*.

II. The Issues and Their Background

88 A word of caution is required at the outset of these reasons.

89 This appeal has nothing to do with mobility rights protected under s. 6 of the *Charter* and the impact they might have on the validity of the legislative provisions challenged by the appellants. The constitutional questions defined by then Chief Justice Lamer were limited to the issue of freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*. The arguments in the courts below were almost exclusively concerned with the guarantee of freedom of association. Moreover, during the hearing, members of the Court put very specific questions to counsel for

promoteurs immobiliers ou travailleurs de la construction, veulent écrire un nouveau chapitre, afin, selon eux, de protéger la liberté d’association des travailleurs du secteur de la construction. Par la même occasion, ils veulent être acquittés de l’accusation d’avoir embauché des salariés non titulaires des certificats de compétence requis pour travailler sur un chantier de construction, contrairement à la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d’œuvre dans l’industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20 (la « *Loi sur la construction* »), ou de celle d’avoir travaillé dans l’industrie sans les certificats de compétence appropriés. Inutile de dire que l’intimée, le *mis en cause* et certains intervenants sont fortement en désaccord avec le contenu et l’orientation de ce nouveau chapitre. Ils demandent le rejet du pourvoi. Ils contestent même la qualité des appelants pour soulever les arguments de nature constitutionnelle avancés en l’espèce. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi, même si j’estime que les appelants ont qualité pour soulever la question constitutionnelle. Pour parvenir à cette conclusion, j’ai réexaminé l’arrêt de notre Cour *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211. De ce fait, j’entends proposer une conception plus précise du droit de ne pas s’associer que protège l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de le délimiter par rapport à la liberté corrélatrice positive de s’associer, que garantit également cet alinéa.

II. Les questions en litige et leur contexte

Il faut faire une mise en garde dès le début des présents motifs.

Le pourvoi n’a rien à voir avec la liberté de circulation et d’établissement garantie par l’art. 6 de la *Charte* ni avec son effet sur la validité des dispositions législatives contestées par les appelants. Les questions constitutionnelles énoncées par l’ancien juge en chef Lamer se limitent à la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte*. Les arguments invoqués devant les cours d’instance inférieure portent presque exclusivement sur la garantie de liberté d’association. De plus, à l’audience, les juges de notre Cour ont demandé très

the appellants about whether s. 6 of the *Charter* was engaged. Counsel answered that the only constitutional question at issue here was freedom of association.

Any consideration of the question of mobility rights would also be unfair to the respondent and the *mis en cause* and the interveners supporting them, because the legal and factual issues have been framed in the courts below and in this Court in relation to the guarantee of freedom of association, its interpretation and the application of the relevant provisions of the *Construction Act*. No further discussion of s. 6 would thus be justified in this appeal, other than to address issues raised in the accompanying reasons, written by Bastarache J.

The issue of an alleged breach of the guarantee of freedom of association by the provisions of the *Construction Act* relating to union membership was raised by Advance Cutting & Coring Ltd. and the other appellants in the construction industry as an answer to charges laid under s. 119.1 of the *Construction Act*. Advance Cutting and the other appellants face various charges of having hired and used workers who did not have the competency certificates required under the *Construction Act*, contrary to s. 119.1. Some appellants who are construction workers stand charged with having performed construction work within the meaning of the Act without holding the required competency certificates, also under s. 119.1.

The appellants did not dispute the facts. They conceded that they had used unqualified personnel on construction work, which was subject to the Act, or in the case of the workers themselves, that they had not obtained the necessary work permits and vocational certifications, before going to work.

They asserted that workers could not obtain competency certificates without becoming members of one of the union groups listed in s. 28 of the *Construction Act*. They claimed that this obligation was unconstitutional, because it breaches the right not to associate which, in their opinion, is a component of

précisément à l'avocat des appelants si l'art. 6 de la *Charte* était en jeu. Celui-ci a répondu que la seule question constitutionnelle en cause en l'espèce était la liberté d'association.

Il serait également injuste pour l'intimée, le mis en cause et les intervenants qui les appuient, qu'on examine la question de la liberté de circulation et d'établissement, car les questions de droit et de fait établies devant les cours d'instance inférieure et en notre Cour portent sur la garantie de liberté d'association, sur son interprétation et sur l'application des dispositions pertinentes de la *Loi sur la construction*. Il serait donc injustifié de traiter davantage de l'art. 6 dans le présent pourvoi, sauf pour examiner les questions qu'a soulevées le juge Bastarache dans ses motifs.

Advance Cutting & Coring Ltd. et les autres appelants travaillant dans le secteur de la construction, devant les accusations portées en vertu de l'art. 119.1 de la *Loi sur la construction*, soulèvent la question d'une présumée atteinte à la garantie de liberté d'association par les dispositions de cette loi relatives à l'adhésion syndicale. Advance Cutting et les autres appelants sont accusés d'avoir employé des travailleurs n'ayant pas les certificats de compétence exigés par cet article. Certains appelants, qui sont des travailleurs de la construction, sont accusés d'avoir exécuté des travaux de construction au sens de la Loi sans être titulaires des certificats de compétence également requis par l'art. 119.1.

Les appelants ne contestent pas les faits. Ils admettent avoir employé du personnel ne possédant pas les titres nécessaires pour des travaux de construction visés par la Loi ou, dans le cas des travailleurs eux-mêmes, ne pas avoir obtenu les permis de travail et l'accréditation professionnelle nécessaires avant de se rendre au travail.

Ils affirment que les travailleurs ne peuvent obtenir les certificats de compétence sans devenir membres de l'un des groupes syndicaux énumérés à l'art. 28 de la *Loi sur la construction*. Ils font valoir que cette obligation est inconstitutionnelle, car elle porte atteinte au droit de non-association, qui fait

90

91

92

93

the s. 2(d) guarantee of freedom of association in the *Charter*.

94 The appellants argued that construction workers should not have to obtain the competency certificates, because their issuance was tied in with compulsory union membership. At trial, on that basis only, they asked that all the charges laid against them be dismissed.

95 The intervener Commission de la construction du Québec, a public body in charge of the application and enforcement of the Act, and the Attorney General of Quebec, the *mis en cause* in these proceedings, disputed even the standing of Advance Cutting & Coring Ltd. and of the other appellants to raise the constitutional questions. They submitted that the appellants/accused had been charged with breaches of the rules governing the competency of workers — charges which are distinct from the Act's provisions about union membership. Their position was that, even if the constitutional questions were to be decided in favour of the appellants/accused, they would still be guilty as charged. Thus, the defence would be totally irrelevant.

96 The argument put forward by the *mis en cause* about the lack of standing of the appellants should be dismissed. As appears from the legislation challenged in this appeal, the conditions governing the issuance of competency certificates and union membership are closely linked. A successful challenge to the provisions governing the compulsory choice of a collective bargaining agent might give rise to some defence to the specific charges laid in the present case. Moreover, at the present stage of the proceedings, the interest of justice favours a careful consideration of the substantive issues brought before this Court.

97 In the alternative, the Commission and the Attorney General argued that there had been no breach of the guarantee of freedom of association. If there had been such a violation, they submitted that it was justified under s. 1 of

partie, à leur avis, de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*.

Les appelants prétendent que les travailleurs de la construction ne devraient pas être tenus d'obtenir les certificats de compétence parce que leur délivrance est liée à la syndicalisation obligatoire. Se fondant sur ce seul motif, ils ont demandé au procès le rejet de toutes les accusations portées contre eux.

L'intervenante la Commission de la construction du Québec, organisme public chargé de l'application de la Loi, et le procureur général du Québec, le mis en cause à l'instance, contestent même la qualité d'Advance Cutting & Coring Ltd. et des autres appelants pour soulever les questions constitutionnelles. Ils soutiennent que les appelants/accusés sont inculpés d'avoir enfreint les règles régissant la compétence des travailleurs, inculpations qui n'ont rien à voir avec les dispositions de la Loi concernant l'adhésion syndicale. À leur avis, même si les questions constitutionnelles étaient tranchées en faveur des appelants/accusés, ceux-ci resteraient tout de même coupables des infractions reprochées. Le moyen de défense n'aurait donc absolument aucune pertinence.

L'argument du mis en cause selon lequel les appelants n'ont pas qualité pour agir doit être rejeté. Comme il ressort des dispositions législatives contestées dans le pourvoi, les conditions de délivrance des certificats de compétence et d'adhésion syndicale se trouvent étroitement liées. Une contestation réussie des dispositions régissant le choix obligatoire d'un agent négociateur pourrait permettre d'invoquer un moyen de défense contre les accusations particulières portées en l'espèce. De plus, à ce stade-ci des procédures, l'intérêt de la justice milite en faveur d'un examen attentif des questions de fond dont notre Cour est saisie.

La Commission et le procureur général prétendent subsidiairement qu'aucune atteinte à la garantie de liberté d'association n'est survenue. Ils soutiennent qu'une telle atteinte aurait été justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. C'est

the *Charter*. The matter went to trial on that basis.

III. Relevant Legislation

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association.

Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry, R.S.Q., c. R-20

1. In this Act, unless the context requires a different meaning, the following words and expressions mean:

(a) “association”: a professional union representing construction employees or any unincorporated group of construction employees, a federation or confederation of such unions or groups, a trades council, a provincial trades council or a federation of such councils, having for its object the study, defence and development of the economic, social and educational interests of its members and which has jurisdiction throughout Québec in respect of all construction trades and employments;

(b) “representative association”: an association to which the Commission has issued the certificate provided for in section 34;

28. Only the Centrale des syndicats démocratiques (CSD), the Confédération des syndicats nationaux (CSN-CONSTRUCTION), the Conseil provincial du Québec des métiers de la construction (INTERNATIONAL), the Fédération des travailleurs du Québec (FTQ-CONSTRUCTION) and the Syndicat de la construction Côte Nord de Sept-Îles Inc. may have their

dans ce contexte que l'affaire est portée devant le tribunal.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

- a) liberté de conscience et de religion;
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;
- c) liberté de réunion pacifique;
- d) liberté d'association.

Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction, L.R.Q., ch. R-20

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, les expressions et mots suivants signifient :

a) « association » : un syndicat professionnel représentant des salariés de la construction ou tout groupement de salariés de la construction non constitué en corporation, une union, fédération ou confédération de tels syndicats ou groupements, un conseil de métiers, un conseil provincial de métiers ou une fédération de tels conseils, ayant pour but l'étude, la défense et le développement des intérêts économiques, sociaux et éducatifs de ses membres et dont la compétence s'étend à l'ensemble du Québec pour tous les métiers et emplois de la construction;

b) « association représentative » : une association à qui la Commission a délivré le certificat prévu à l'article 34;

28. Seuls la Centrale des syndicats démocratiques (CSD), la Confédération des syndicats nationaux (CSN-CONSTRUCTION), le Conseil provincial du Québec des métiers de la construction (INTERNATIONAL), la Fédération des travailleurs du Québec (FTQ-CONSTRUCTION) et le Syndicat de la construction Côte Nord de Sept-Îles Inc. peuvent faire constater

representativeness ascertained by presenting their application for such purpose to the Commission in the first five days of the twelfth month preceding the original expiry date of the decree made by order under section 47.

30. The Commission must prepare a list of all the employees:

(a) holding a journeyman competency certificate, an occupation competency certificate or an apprentice competency certificate issued by the Commission;

(b) having worked at least three hundred hours during the first twelve of the fifteen complete calendar months preceding the month during which the poll provided for in section 32 is held; and

(c) domiciled in Québec on the last day of the thirteenth month preceding the original expiry date of the decree made by order under section 47.

Subparagraph *b* of the first paragraph does not apply to employees who, on the last day of the twelfth month preceding the original expiry date of the decree made by order under section 47, are fifty years old or over.

Such list establishes incontestably the names of the only employees who may avail themselves of section 32.

During the twelfth month preceding the original expiry date of the decree made by order under section 47, the Commission shall send to each employee whose name appears on the list established in accordance with this section a card identifying him as an elector for the purposes of section 32 and bearing his name and social insurance number.

Such list is sent to the associations contemplated in section 29 not later than fifteen days before the holding of the poll provided for in section 32.

32. During the eleventh month preceding the original expiry date of the decree made by order under section 47, every employee whose name appears on the list prepared in accordance with section 30 must, in accordance with this section, inform the Commission of his election respecting one of the associations indicated on the list contemplated in section 29.

Such election shall be made by secret ballot held under the supervision of a representative of the Commission, on the dates and in the manner provided for by regulation of the Commission. However, the ballot must be held for a period of not less than five consecutive days.

An employee who is entitled to make known his election, but has not expressed it in accordance with the first

leur représentativité en présentant à la Commission une demande à cette fin au cours des cinq premiers jours du douzième mois qui précède la date originale d'expiration du décret prévu à l'article 47.

30. La Commission doit dresser une liste de tous les salariés :

a) titulaires d'un certificat de compétence-compagnon, d'un certificat de compétence-occupation ou d'un certificat de compétence-apprenti délivré par la Commission;

b) ayant effectué au moins trois cents heures de travail au cours des douze premiers des quinze mois civils complets précédant le mois durant lequel a lieu le scrutin prévu à l'article 32; et

c) domiciliés au Québec au dernier jour du treizième mois qui précède la date originale d'expiration du décret prévu à l'article 47.

Le paragraphe *b* du premier alinéa ne s'applique pas au salarié qui, le dernier jour du douzième mois qui précède la date originale d'expiration du décret prévu à l'article 47, est âgé de cinquante ans ou plus.

Cette liste établit de façon non contestable le nom des seuls salariés pouvant se prévaloir de l'article 32.

Au cours du douzième mois qui précède la date originale d'expiration du décret prévu à l'article 47, la Commission transmet à chaque salarié dont le nom apparaît sur la liste établie suivant le présent article une carte qui l'identifie comme votant aux fins de l'article 32 et qui mentionne son nom et son numéro d'assurance sociale.

Cette liste est transmise aux associations visées à l'article 29 au plus tard quinze jours avant la tenue du scrutin prévu à l'article 32.

32. Au cours du onzième mois qui précède la date originale d'expiration du décret prévu à l'article 47, tout salarié dont le nom apparaît sur la liste dressée suivant l'article 30 peut, conformément au présent article, faire connaître à la Commission le choix qu'il fait d'une des associations dont le nom a été publié suivant l'article 29.

Ce choix s'exprime en secret, par voie de scrutin tenu sous la surveillance d'un représentant de la Commission, aux dates et de la façon prévues par règlement de la Commission. Toutefois, ce scrutin doit se tenir sur une période d'au moins cinq jours consécutifs.

Un salarié qui ayant droit de faire connaître son choix ne l'a pas exprimé suivant le premier alinéa est réputé,

paragraph, is deemed, for the application of sections 33, 35 and 38, to have elected for the association in favour of which he made his election known at the preceding ballot or of which he has become a member in accordance with section 39 since that ballot, provided that the name of that association is published in accordance with section 29.

Any dispute relating to the vote or resulting from the poll shall be settled by the representative of the Commission. His decision is final.

The third paragraph does not apply to the first ballot held after 4 December 1980 under the first paragraph.

33. The Commission shall prepare a list indicating the election made by the employees in accordance with section 32.

34. The Commission ascertains the degree of representativeness of an association in accordance with the criteria set out in section 35.

It issues to each association whose name has been published in accordance with section 29, a certificate establishing its degree of representativeness and the list of the employees who have become members of such association in accordance with section 32.

The certificate has effect from the first day of the eighth month preceding the original expiry date of the decree made by order under section 47.

35. The representativeness of an association of employees corresponds to the percentage that the number of employees who have elected in accordance with section 32 in favour of that association, is of all the employees who have voted in this matter.

36. The Commission shall send to each employee whose name appears on the list contemplated in section 33 a card indicating, in particular:

- (a) his name;
- (b) his social insurance number;
- (c) the name of the representative association he has elected for in accordance with section 32.

This card has effect from the first day of the eighth month preceding the original expiry date of the decree made by order under section 47.

38. The fact that an employee has made an election in accordance with section 32 authorizes an employer to deduct in advance from the salary of such employee the union assessment and requires the employer to remit such assessment of the Commission with his monthly report.

pour l'application des articles 33, 35 et 38, avoir choisi l'association en faveur de laquelle il a fait connaître son choix lors du scrutin précédent ou à laquelle il a adhéré suivant l'article 39 depuis ce scrutin, à la condition que le nom de cette association soit publié suivant l'article 29.

Tout litige relatif au vote ou découlant du scrutin est tranché par le représentant de la Commission, dont la décision est sans appel.

Le troisième alinéa ne s'applique pas pour le premier scrutin tenu après le 4 décembre 1980 en vertu du premier alinéa.

33. La Commission doit dresser une liste indiquant le choix exprimé par les salariés suivant l'article 32.

34. La Commission constate le degré de représentativité d'une association conformément aux critères établis à l'article 35.

Elle délivre à chaque association dont le nom a été publié suivant l'article 29 un certificat établissant son degré de représentativité et la liste des salariés qui ont adhéré à cette association suivant l'article 32.

Ce certificat prend effet le premier jour du huitième mois précédant la date originale d'expiration du décret prévu à l'article 47.

35. La représentativité d'une association de salariés correspond au pourcentage que représente le nombre de salariés qui ont fait, conformément à l'article 32, leur choix en faveur de cette association par rapport au nombre total de salariés qui ont fait leur choix.

36. La Commission fait parvenir à chaque salarié dont le nom figure sur la liste visée à l'article 33 une carte portant mention, notamment :

- a) de son nom;
- b) de son numéro d'assurance sociale;
- c) du nom de l'association représentative qu'il a choisie suivant l'article 32.

Cette carte prend effet à compter du premier jour du huitième mois précédant la date originale d'expiration du décret prévu à l'article 47.

38. Le fait qu'un salarié ait manifesté son choix suivant l'article 32 autorise l'employeur à précompter sur la paie de ce salarié la cotisation syndicale et oblige l'employeur à remettre cette cotisation à la Commission en même temps que son rapport mensuel.

The Commission shall remit the assessments so received to the representative associations accompanied with a nominal roll.

39. No employer may employ an employee unless such employee has previously obtained from the Commission the card contemplated in section 36, after such employee has informed the Commission, in accordance with the procedure established by it, of his membership in a representative association and the Commission has accordingly notified the association concerned.

85.5 To perform personally any construction work, every employer or employee must be the holder of a journeyman competency certificate, an occupation competency certificate or an apprentice competency certificate and apprenticeship booklet or be the grantee of an exemption issued by the Commission and have such certificate or a proof of exemption in his possession.

85.6 To perform personally any work relating to a trade, every employer or employee must be the holder of a journeyman competency certificate or an apprentice competency certificate and apprenticeship booklet or be the grantee of an exemption issued by the Commission in respect of that trade and have such certificate or a proof of exemption in his possession.

94. Every employee has the right to belong to an association of employees of his choice, and to participate in the activities and management thereof, but he shall not belong to more than one association of employees.

119.1 The following persons shall be guilty of an offence and liable to a fine of \$400 in the case of an individual and \$1 600 in the case of any other person:

(1) every person who personally performs construction work without being the holder of a journeyman competency certificate, an occupation competency certificate or an apprentice competency certificate or the grantee of an exemption issued by the Commission or without having such certificate or a proof of exemption in his possession;

(2) every person who personally performs construction work pertaining to a trade without being the holder of a journeyman competency certificate or an apprentice competency certificate in respect of that trade or the grantee of an exemption issued by the Commission or without having such certificate or a proof of exemption in his possession;

(3) every person who hires the services of or assigns to construction work an employee who is not the holder

La Commission remet les cotisations ainsi reçues aux associations représentatives, avec un bordereau nominatif.

39. Aucun employeur ne peut employer un salarié à moins que ce salarié n'ait au préalable obtenu de la Commission la carte visée à l'article 36 après que ce salarié ait fait connaître à la Commission, suivant la procédure établie par cette dernière, son adhésion à une association représentative et que la Commission n'ait avisé en conséquence l'association intéressée.

85.5 Un employeur et un salarié doivent être titulaires d'un certificat de compétence-compagnon, d'un certificat de compétence-occupation ou d'un certificat de compétence-apprenti et d'un carnet d'apprentissage ou d'une exemption délivrés par la Commission et avoir en leur possession ce certificat ou une preuve d'exemption pour exécuter eux-mêmes des travaux de construction.

85.6 Pour exécuter eux-mêmes des travaux relatifs à un métier, un employeur et un salarié doivent être titulaires d'un certificat de compétence-compagnon, d'un certificat de compétence-apprenti et d'un carnet d'apprentissage ou d'une exemption délivrés par la Commission et correspondant à ce métier et avoir en leur possession ce certificat ou une preuve d'exemption.

94. Tout salarié a droit d'appartenir à une association de salariés de son choix et de participer à ses activités et à son administration mais il ne peut appartenir qu'à une seule association de salariés.

119.1 Commet une infraction et est passible d'une amende de 400 \$ dans le cas d'un individu et de 1 600 \$ dans le cas de toute autre personne :

(1) quiconque exécute lui-même des travaux de construction sans être titulaire soit d'un certificat de compétence-compagnon, soit d'un certificat de compétence-occupation, soit d'un certificat de compétence-apprenti ou soit d'une exemption, délivré par la Commission ou sans avoir en sa possession ce certificat ou une preuve d'exemption;

(2) quiconque exécute lui-même des travaux relatifs à un métier sans être titulaire soit d'un certificat de compétence-compagnon ou d'un certificat de compétence-apprenti correspondant à ce métier ou soit d'une exemption, délivré par la Commission ou sans avoir en sa possession ce certificat ou une preuve d'exemption;

(3) quiconque utilise les services d'un salarié ou l'affecte à des travaux de construction sans que ce

of a journeyman competency certificate, an occupation competency certificate or an apprentice competency certificate or the grantee of an exemption issued by the Commission or who does not have such certificate or a proof of exemption in his possession;

(4) every person who hires the services of or assigns to do work pertaining to a trade an employee who is not the holder of a journeyman competency certificate or an apprentice competency certificate in respect of that trade or the grantee of an exemption issued by the Commission or who does not have such certificate or a proof of exemption in his possession;

Regulation respecting the registration certificate issued by the Office de la construction du Québec, R.R.Q. 1981, c. R-20, r. 3 (repealed in 1997)

1. Any construction employee shall obtain or have obtained from the Office de la construction du Québec the card mentioned in section 36 of the Act respecting labour relations in the construction industry (R.S.Q., c. R-20) in order to be able to work in this industry.

IV. Judicial History

A. *Court of Québec*

The charges were laid under the Quebec *Code of Penal Procedure*, R.S.Q., c. C-25.1. They were heard by Judge Bonin of the Court of Québec, Criminal and Penal Division, in Hull, Quebec. Prior to the hearing, the appellants gave notice to the Attorney General that they intended to challenge the constitutionality of several provisions of the *Construction Act*.

In a short judgment, Judge Bonin dismissed the constitutional argument and found the accused guilty as charged. In his view, s. 2(d) of the *Charter* guaranteed neither any specific regime of collective labour relations nor the choice of a particular bargaining agent. The trial judge cited in support of his conclusion the judgment of our Court in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367. In the case before him, he held that the accused had not even estab-

dernier soit titulaire soit d'un certificat de compétence-compagnon, soit d'un certificat de compétence-occupation, soit d'un certificat de compétence-apprenti ou soit d'une exemption, délivré par la Commission ou sans qu'il ait en sa possession ce certificat ou une preuve d'exemption;

(4) quiconque utilise les services d'un salarié ou l'affecte à l'exécution de travaux relatifs à un métier sans que ce dernier soit titulaire soit d'un certificat de compétence-compagnon ou d'un certificat de compétence-apprenti correspondant à ce métier ou soit d'une exemption, délivré par la Commission ou sans qu'il ait en sa possession ce certificat ou une preuve d'exemption;

Règlement sur le certificat d'enregistrement délivré par l'Office de la construction du Québec, R.R.Q. 1981, ch. R-20, r. 3 (abrogé en 1997).

1. Tout salarié de la construction doit obtenir ou avoir obtenu de l'Office de la construction du Québec, la carte visée à l'article 36 de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction (L.R.Q., c. R-20) pour pouvoir travailler dans cette industrie.

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Québec*

Les accusations sont portées en vertu du *Code de procédure pénale* du Québec, L.R.Q., ch. C-25.1. Elles sont entendues par le juge Bonin, de la Chambre criminelle et pénale de la Cour du Québec à Hull (Québec). Avant l'audience, les appelants informent le procureur général qu'ils entendent contester la constitutionnalité de plusieurs dispositions de la *Loi sur la construction*.

Dans un court jugement, le juge Bonin rejette l'argument constitutionnel et déclare les accusés coupables des faits reprochés. À son avis, l'al. 2d) de la *Charte* ne garantit pas un régime de négociation collective particulier ni le choix d'un agent négociateur. Le juge de première instance cite à l'appui de sa conclusion la décision rendue par notre Cour dans *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367. Dans l'affaire dont il est saisi, il estime que les accusés n'ont

lished a breach of s. 2(d) of the *Charter* and concluded:

[TRANSLATION] Quebec has therefore established a regime for bargaining conditions of employment in the construction industry between defined parties. Following the case cited *supra*, it is my view that this regime complies with the Charter of Rights and Freedoms and therefore does not violate section 2(d) of the Charter.

B. *Quebec Superior Court*, [1998] R.J.Q. 911

101 The appellants filed an appeal to the Superior Court. Trudel J. found no breach of the guarantee of freedom of association, but nevertheless decided to consider the issue of justification under s. 1 of the *Charter*. She wrote detailed reasons where she reviewed the history of the labour relations system in the construction industry of the province of Quebec. She also discussed the interpretation of the impugned provisions of the Act and the application of s. 2(d) of the *Charter* to this labour relations regime.

102 While Trudel J. found that the issuance of a competency card was tied in with union membership, she held that compulsory membership did not violate the guarantee of freedom of association. The law left the employees free to choose between five different union groups, which maintained a substantial level of freedom of association. Moreover, Trudel J. found that this obligation was restricted to the limited purpose of choosing a representative association to negotiate and conclude collective bargaining agreements.

103 Trudel J. addressed the problem of the existence of a right not to associate, although she found that she did not have to decide that question. She expressed the view that the judgment of this Court in *Lavigne* had not precluded the constitutionality of all forms of forced association and that there is no absolute right not to associate with others. She reasoned that some forms of compulsory union membership designed to maintain an efficient and stable system of collective bargaining would not, *per se*, amount to an infringement of s. 2(d).

même pas établi l'existence d'une violation de l'al. 2d) de la *Charte* :

Le Québec a donc établi un régime de négociations des conditions de travail dans le secteur de la construction entre des parties définies. Il m'apparaît, suivant l'arrêt plus haut cité, que ce régime est conforme à la Charte des droits et libertés et ne viole donc pas l'article 2d) de ladite Charte.

B. *Cour supérieure du Québec*, [1998] R.J.Q. 911

Les appelants interjetent appel auprès de la Cour supérieure. Madame le juge Trudel conclut à l'absence d'atteinte à la garantie de liberté d'association, mais décide néanmoins d'examiner la question de la justification aux termes de l'article premier de la *Charte*. Ses motifs approfondis passent en revue l'histoire du régime de relations du travail dans l'industrie de la construction du Québec. Elle analyse également l'interprétation des dispositions contestées de la Loi et l'application de l'al. 2d) de la *Charte* à ce régime de relations du travail.

Même si le juge Trudel conclut que la délivrance d'un certificat de compétence est liée à la syndicalisation, elle estime que l'obligation de se syndiquer ne porte pas atteinte à la garantie de liberté d'association. La loi autorise les salariés à choisir entre cinq différents groupes syndicaux, ce qui leur permet de conserver dans une large mesure la liberté d'association. De plus, selon le juge Trudel, cette obligation n'a pas d'autre but que le choix d'une association représentative en vue de la négociation et de la conclusion de conventions collectives.

Le juge Trudel aborde le problème de l'existence du droit de ne pas s'associer, bien qu'elle estime ne pas avoir à se prononcer sur cette question. À son avis, la décision rendue par notre Cour dans *Lavigne* n'a pas empêché que certaines formes d'association forcée soient constitutionnelles et il n'y a aucun droit absolu de non-association. Elle juge que certaines formes de syndicalisation obligatoire visant à maintenir un système efficace et stable de négociation collective ne constituent pas en soi une atteinte à l'al. 2d).

Then, Trudel J. discussed the application of s. 1 in the event that there had been a breach of the guarantee of freedom of association. She said that she would have found that the law would have been justified under the *Oakes* test (see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). The law addressed pressing and urgent problems linked to the particular nature and problems of the construction industry in Quebec. The means used by the law-maker appeared reasonable and proportionate to the objective. In her view, courts should apply these criteria with some flexibility and deference to legislative choices in matters where important social and economic questions are at stake. The union membership provision had been designed to determine the representativeness of union groups, for the purpose of province-wide collective bargaining. Moreover, the choice of these five associations listed in s. 28 of the *Construction Act* was not arbitrary. Those groups were all present and active in the construction industry. Finally, the provisions challenged minimally impaired s. 2(d) and their benefits outweighed any prejudice they might cause. For these reasons, the Superior Court dismissed the appeal and confirmed the judgment of the trial court.

C. *Quebec Court of Appeal*, [1998] Q.J. No. 4173 (QL)

The appellants sought leave to appeal to the Quebec Court of Appeal on the constitutional questions raised in the Court of Québec and the Superior Court. In a short endorsement, Brossard J.A. dismissed the motion because, in his view, the constitutional question was not really relevant to the disposition of the case. The appellants had been charged with breach of the provisions of the Act relating to the vocational certification of construction workers. They could not be acquitted, even if their constitutional questions were to be decided in their favour. The appellants were then granted leave to appeal to this Court: [1999] 1 S.C.R. v.

Le juge Trudel analyse ensuite l'application de l'article premier dans l'hypothèse où il y aurait eu atteinte à la garantie de liberté d'association. Elle écrit qu'elle aurait estimé la loi justifiée d'après le critère de l'arrêt *Oakes* (voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). La loi porte sur des questions urgentes liées à la nature et aux problèmes particuliers de l'industrie de la construction au Québec. Les moyens utilisés par le législateur paraissent raisonnables et proportionnels à l'objectif. Selon elle, les tribunaux doivent appliquer ces critères en faisant preuve de souplesse et de retenue à l'égard des choix faits par le législateur dans les domaines où des questions sociales et économiques importantes sont en jeu. La disposition sur la syndicalisation vise à déterminer la représentativité des groupes syndicaux pour la négociation collective à l'échelle de la province. De plus, le choix des cinq associations énumérées à l'art. 28 de la *Loi sur la construction* n'est pas arbitraire. Ces groupes étaient tous présents et actifs dans l'industrie de la construction. Enfin, les dispositions contestées portent atteinte de façon minimale à l'al. 2d) et les avantages qu'elles présentent l'emportent sur tout préjudice qu'elles pourraient causer. Pour ces motifs, la Cour supérieure rejette l'appel et confirme le jugement de première instance.

C. *Cour d'appel du Québec*, [1998] J.Q. n° 4173 (QL)

Les appelants sollicitent l'autorisation d'interjeter appel auprès de la Cour d'appel du Québec sur les questions constitutionnelles soulevées devant la Cour du Québec et la Cour supérieure. Dans une courte décision appuyant les jugements antérieurs, le juge Brossard rejette la requête parce que, selon lui, ces questions ne sont pas vraiment pertinentes pour le règlement du litige. Les appelants ont été inculpés pour infraction aux dispositions de la Loi relatives à l'accréditation professionnelle des travailleurs de la construction. Ils ne pouvaient pas être acquittés même si les questions constitutionnelles qu'ils avaient soulevées étaient tranchées en leur faveur. Les appelants ont par la suite obtenu l'autorisation d'interjeter appel auprès de notre Cour : [1999] 1 R.C.S. v.

V. Questions at Issue

106

The Chief Justice defined the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1 and 120 of an *Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry* and s. 23 of the *Regulation respecting the election of a representative association by the employees of the construction industry* restrict the guarantees of freedom of association under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the restriction justified under s. 1 of the *Charter*?

107

Within this framework, I must examine two main problems and some related questions. First, I will discuss whether the legislative regime set up by the *Construction Act* is a breach of freedom of association under s. 2(d). For this purpose, I will have to determine whether a right not to associate must be read into the guarantee of freedom of association and, in the affirmative, what would be the nature and limits of such a right. Second, if I conclude that a right not to associate is implied in s. 2(d) and the union membership provision of the *Construction Act* infringes it, I will turn to the problem of justification under s. 1.

VI. Positions of the Parties

A. *The Appellants' Position*

108

The appellants have advanced a three-pronged argument. First, they argue that the *Construction Act* imposes an obligation to belong to a union, in order to work in the construction industry. Second, such an obligation infringes the guarantee of freedom of association which includes a right not to associate. And third, the limitation to s. 2(d) cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The forced association has no rational connection to the stated purpose of the law. It also fails the proportionality test and does not represent a minimal impairment of the constitutional guarantee. In

V. Les questions en litige

Le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Est-ce que les art. 28 à 40, 85.5, 85.6, 119.1 et 120 de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction* et l'art. 23 du *Règlement sur le choix d'une association représentative par les salariés de l'industrie de la construction* restreignent la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette restriction est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

Je dois examiner dans ce cadre deux problèmes principaux ainsi que certaines questions connexes. Premièrement, j'analyserai la question de savoir si le régime législatif établi par la *Loi sur la construction* constitue une atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2d). À cette fin, je dois décider si le droit de ne pas s'associer doit être interprété comme faisant partie de la garantie de liberté d'association et, dans l'affirmative, quelles en seraient la nature et les limites. Deuxièmement, si je conclus que le droit de ne pas s'associer est implicitement visé par l'al. 2d) et que la disposition d'adhésion syndicale de la *Loi sur la construction* y porte atteinte, j'examinerai le problème de la justification aux termes de l'article premier.

VI. La position des parties

A. *La position des appelants*

Les appelants ont avancé un argument à trois volets. Ils prétendent premièrement que la *Loi sur la construction* impose l'obligation de se syndiquer pour pouvoir travailler dans le secteur de la construction. Deuxièmement, cette obligation porte atteinte à la garantie de liberté d'association, qui comporte le droit de ne pas s'associer. Et, troisièmement, la restriction à l'al. 2d) ne peut pas se justifier aux termes de l'article premier de la *Charte*. Aucun lien rationnel n'existe entre l'association forcée et l'objet explicite de la *Loi*. Elle ne satisfait pas non plus au critère de la

conclusion, the appellants say the relevant sections of the law should be struck down and they ask for an acquittal.

B. Submission of the Intervener Canadian Coalition of Open Shop Contracting Associations

The Coalition intervened in support of the appellants. In its view, the Quebec legislative scheme amounts to compulsory unionism. It creates a monopoly in favour of the five listed associations, while at the same time excluding other groups inside and outside Quebec. The Coalition argues that such a system breaches the guarantee of freedom of association which includes a right not to associate. The Coalition alleges that it deprives workers of a basic ideological and political choice, when it compels them to become union members. In this respect, it violates their freedom of conscience and expression. The Coalition also suggests that the labour relations system of Quebec might also infringe the mobility rights protected by s. 6 of the *Charter*.

This intervener also discusses the application of s. 1. It asserts that there is no justification for the challenged regime. The Coalition suggests that Quebec would be better off if it brought its collective bargaining system more in line with those generally applied in the construction industry in other Canadian provinces. It argues there is neither a compelling objective for the impugned law nor a rational link between it and any of its objectives. The harm done by the system far outweighs its advantages. Indeed, this intervener seems of the opinion that few union security clauses could survive any *Charter* review.

C. The Respondent's Position — The Attorney General of Quebec

The Attorney General submits that the constitutional question is irrelevant to the charges faced by the appellants even if the Court declares the provisions of the *Construction Act* to be unconstitutional. Should the provisions dealing with union

proportionnalité et ne constitue pas une atteinte minimale à la garantie constitutionnelle. En conclusion, les appelants affirment que les articles pertinents de la loi doivent être annulés et ils demandent l'acquiescement.

B. L'argument de l'intervenante Canadian Coalition of Open Shop Contracting Associations

La Coalition est intervenue pour appuyer les appellants. Selon elle, le régime législatif du Québec équivaut à du syndicalisme obligatoire. Il crée un monopole en faveur des cinq associations énumérées tout en excluant d'autres groupes situés au Québec et hors du Québec. La Coalition prétend que ce régime porte atteinte à la garantie de liberté d'association, qui comporte le droit de non-association. Elle allègue qu'il prive les salariés d'un choix idéologique et politique fondamental en les obligeant à se syndiquer. À cet égard, le régime viole leur liberté de conscience et d'expression. La Coalition indique également que le régime des relations du travail du Québec risque aussi de porter atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie par l'art. 6 de la *Charte*.

L'intervenante traite également de l'application de l'article premier. Elle affirme que le régime contesté ne peut pas se justifier. À son avis, le Québec serait en meilleure posture s'il harmonisait davantage son régime de négociation collective avec celui généralement appliqué dans le secteur de la construction des autres provinces canadiennes. Selon elle, aucun objectif impérieux ne justifie la loi contestée et il n'existe aucun lien rationnel entre celle-ci et ses objectifs. Le préjudice causé par le régime l'emporte de loin sur ses avantages. D'ailleurs, cette intervenante semble être d'avis que peu de clauses de sécurité syndicale résisteraient à un examen fondé sur la *Charte*.

C. La position de l'intimé — Le procureur général du Québec

Le procureur général soutient que la question constitutionnelle n'est pas pertinente quant aux accusations auxquelles font face les appelants, même si notre Cour déclare inconstitutionnelles les dispositions de la *Loi sur la construction*. Même

109

110

111

membership be struck down, the convictions would still stand. The Attorney General suggests that this Court should simply dismiss the appeal for lack of standing, and refuse to consider the constitutional issues. On the main constitutional issues, the Attorney General argues that the general obligation to obtain certificates of vocational competency does not infringe the guarantee of freedom of association. Such a regulatory measure remains distinct from provisions concerning union membership.

112 Moreover, the provisions of the *Construction Act* creating the obligation to choose a representative association, for purposes of collective bargaining, do not violate the guarantee of freedom of association. These rules belong to a sectoral collective bargaining regime which falls outside the scope of the application of s. 2(d), according to the jurisprudence of the Court. The Attorney General also asserts that freedom of association does not include a right not to associate, adding that, even if such a right exists, its scope should not exceed the ambit of the basic right of association, which does not protect the purposes of the association.

113 According to the Attorney General, the *Construction Act* incorporates legal rules that answer the need to set up an efficient and stable collective bargaining system in the construction industry. The National Assembly of Quebec attempted to reach a delicate balance between competing interests, in an inherently unstable industry. Its legislative choice must be assessed with deference by the Court, which must leave the legislature some freedom of choice and action in the determination of the most appropriate solutions. As a consequence, while refusing to concede that the law breaches s. 2(d), the Attorney General argues that such a breach would be justified under s. 1 of the *Charter*. The objective remains of pressing importance. The means chosen respect the test of proportionality. Furthermore, the Act entails only a minimal impairment of fundamental rights and the benefits of the law clearly outbalance any alleged prejudicial effect. In conclusion, the Attorney General asked for the dismissal of the appeal.

si les dispositions sur l'adhésion syndicale étaient annulées, les déclarations de culpabilité resteraient valides. Le procureur général laisse entendre que notre Cour devrait simplement rejeter le pourvoi pour absence de qualité pour agir et refuser d'examiner les questions constitutionnelles. À propos des principales questions constitutionnelles, il soutient que l'obligation générale d'obtenir des certificats de compétence professionnelle ne porte pas atteinte à la garantie de liberté d'association. Une telle mesure réglementaire demeure distincte des dispositions sur la syndicalisation.

De plus, les dispositions de la *Loi sur la construction* créant l'obligation de choisir une association représentative pour la négociation collective ne violent pas la garantie de liberté d'association. Ces règles font partie d'un régime de négociation collective sectoriel qui n'est pas visé par l'al. 2d) selon la jurisprudence de notre Cour. Le procureur général affirme également que la liberté d'association ne comporte pas le droit de ne pas s'associer et il ajoute que si ce droit existe, sa portée ne doit pas dépasser le cadre du droit fondamental de s'associer, lequel ne protège pas les objets de l'association.

Selon le procureur général, la *Loi sur la construction* comporte des règles répondant au besoin d'établir un régime de négociation collective efficace et stable dans l'industrie de la construction. L'Assemblée nationale du Québec a tenté de trouver un juste équilibre entre des intérêts opposés dans une industrie foncièrement instable. Notre Cour doit évaluer ce choix du législateur en faisant preuve de retenue et lui laisser une certaine liberté de choix et d'action pour déterminer les solutions les plus appropriées. En conséquence, tout en refusant d'admettre que la loi viole l'al. 2d), le procureur général soutient qu'une telle violation serait justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*. L'objectif conserve son caractère urgent et important. Les moyens choisis respectent le critère de la proportionnalité. En outre, la *Loi* entraîne seulement une atteinte minimale aux droits fondamentaux et ses avantages l'emportent manifestement sur tout effet préjudiciable. Le procureur général demande donc le rejet du pourvoi.

D. *Union Interveners*

The Commission de la construction du Québec insists on the independence of the provisions of the law and regulations concerning the control of competency and of those relating to the choice of representative union groups. The former provisions do not engage the guarantee of freedom of association. A successful constitutional challenge to the provisions attacked by the appellants would leave the vocational qualification control system intact. As a result, the appeal should be dismissed.

Briefs were filed by some Quebec union groups active in the construction industry. They assert that the provisions of the *Construction Act* do not breach the guarantee of the freedom of association. Even if there had been such a breach, it would be justified as a reasonable limitation under s. 1. They are also of the view that s. 2(d) does not guarantee a freedom not to associate.

In the opinion of the Canadian Office of the Building and Construction Trades Department, a section of the American Federation of Labour (AFL-CIO), the Quebec regime, while distinct in some respects from that of other provinces, does not breach the guarantee of freedom of association. It does not forbid the formation of other unions. It could be challenged successfully only if it were demonstrated that there exists a constitutional right to non-association. Such a right not to associate would be inherently inconsistent with the practical exercise of the right to association and could deprive it of any real content and effect. If such a right were to be recognized, it should be strictly limited and defined as a right not to be compelled to adhere to some form of ideological conformity. Finally, if there had been a breach of s. 2(d), it would be justified under s. 1. In an analysis under s. 1 in this context, the Court should be sensitive to the difficult choice faced by the lawmakers and adopt an attitude of deference to the options chosen by the legislature. Moreover, the requirement of a minimum impairment should not

D. *Les syndicats intervenants*

La Commission de la construction du Québec insiste sur la distinction entre les dispositions de la loi et des règlements relatives au contrôle de la compétence et celles qui ont trait au choix des groupements syndicaux représentatifs. Ces premières dispositions n'entraînent pas l'application de la garantie de liberté d'association. Même si la contestation constitutionnelle des dispositions visées par les appelants réussissait, ce succès ne changerait rien au régime de contrôle de la qualification professionnelle. Le pourvoi devrait donc être rejeté.

Certains groupes syndicaux québécois actifs dans le secteur de la construction ont déposé des mémoires. Ils affirment que les dispositions de la *Loi sur la construction* ne portent pas atteinte à la garantie de liberté d'association. Même s'il y avait eu une telle violation, elle serait justifiée en tant que limite raisonnable, aux termes de l'article premier. Ils sont également d'avis que l'al. 2d) ne garantit pas la liberté de ne pas s'associer.

Selon le Bureau canadien du Département des métiers de la construction, une section de la Fédération américaine du travail, FAT-COI, le régime du Québec ne porte pas atteinte à la garantie de liberté d'association, même s'il diffère à certains égards de celui des autres provinces. Ce régime n'interdit pas la formation d'autres syndicats. Il ne pourrait être contesté avec succès que si l'on arrivait à démontrer l'existence d'un droit constitutionnel de non-association. Un tel droit serait intrinsèquement incompatible avec l'exercice concret du droit d'association et pourrait le priver de tout contenu et de tout effet réels. S'il était reconnu, il devrait être rigoureusement limité et défini comme étant le droit de ne pas être forcé d'adhérer à une forme de conformité idéologique. Enfin, dans l'hypothèse d'une atteinte à l'al. 2d), elle serait justifiée aux termes de l'article premier. Dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier dans ce contexte, notre Cour devrait être consciente des choix difficiles auxquels faisait face le législateur et faire preuve de retenue à l'égard des options qu'il a choisies. De plus, l'exigence d'atteinte minimale ne saurait

114

115

116

mean that legislative solutions must be uniform throughout Canada.

VII. Analysis

A. *Historical Background*

117 The problems and, sometimes, the violence of labour relations in the Quebec construction industry have bedevilled successive provincial administrations, since the mid 1960s. These persistent difficulties are closely tied to the specific character of the development and structure of the labour movement in Quebec. This history has also been influenced by the particular techniques used by the legislature to regulate labour relations, to establish and administer labour standards and to control the vocational competency of the work force. No analysis of the *Construction Act*, as it stood when the present litigation began in 1992-1993, would be adequate without some examination of this historical background.

118 For a time, these techniques of labour relations management seemed to work well. As will be seen below, a pattern of conflict between competing unions amidst economic change in the industry led to a re-assessment of the structure and to a new determination in the 1960s and 1970s to restore peace and stability in the industry.

119 The first attempt at setting up standards of employment in the construction industry in Quebec dates back to 1934, when the provincial legislature adopted a law on the “extension of collective labour agreements” (*Collective Labour Agreements Extension Act*, S.Q. 1934, c. 56). The Act enabled the provincial government to give legal effect throughout a particular commercial, industrial or service activity to provisions of labour agreements entered into by representative labour and employer groups. The Department of Labour assessed the representativeness of those groups. Upon its recommendation, the government would then adopt an order in council or “*décret*” giving legal effect to provisions of the labour agreements concerning

signifier que les solutions adoptées par le législateur doivent être uniformes partout au Canada.

VII. Analyse

A. *Le contexte historique*

Les problèmes et, parfois, la violence liés aux relations du travail dans l'industrie de la construction du Québec ont tourmenté les administrations provinciales qui se sont succédées depuis le milieu des années 60. Ces difficultés constantes sont étroitement rattachées à la nature particulière du développement et de l'organisation du mouvement syndical au Québec. Cette histoire a également été influencée par les méthodes particulières qu'utilisait la législature pour réglementer les relations du travail, pour établir et appliquer les normes du travail et pour contrôler la compétence professionnelle de la main-d'œuvre. Aucune analyse de la *Loi sur la construction*, telle qu'elle existait lorsque le présent litige a débuté en 1992-1993, ne serait adéquate sans examen du contexte historique.

Ces méthodes de gestion des relations du travail semblèrent bien fonctionner pendant un certain temps. Comme on le verra plus loin, une succession de conflits entre syndicats rivaux, au milieu des changements économiques que vivait l'industrie, mena à une réévaluation du régime et à de nouveaux choix dans les années 60 et 70 dans le but de rétablir la paix et la stabilité dans l'industrie.

La première tentative d'établissement de normes de travail dans l'industrie de la construction au Québec remonte à 1934, année où la législature provinciale a adopté une loi sur « l'extension des conventions collectives de travail » (*Loi relative à l'extension des conventions collectives de travail*, S.Q. 1934, ch. 56). La Loi permettait au gouvernement provincial de donner force de loi aux dispositions des conventions collectives conclues par des groupes syndicaux-patronaux représentatifs dans un domaine particulier du commerce, de l'industrie ou des services. Le ministère du Travail évaluait la représentativité de ces groupes. Sur sa recommandation, le gouvernement adoptait alors un décret donnant force de loi aux

mainly wages and some benefits. Those standards would bind not only the parties to the labour agreements, but also all employers and employees covered by the professional and territorial jurisdiction of the decree. The decree would apply throughout the province, in a region or even in a particular area, in a defined industry or activity. (See J.-L. Dubé, *Décrets et comités paritaires: L'extension juridique des conventions collectives* (1990), at pp. 5 *et seq.*). In this manner, this law attempted to stop a race to the bottom of labour conditions during the economic pressures of the Great Depression. The law passed after much supportive lobbying by labour groups especially the Catholic unions (CTCC) (Confédération des travailleurs catholiques du Canada) later to become the CSN (Confédération des syndicats nationaux) and with the support of some employer groups and in spite of the bitter opposition of others (see Dubé, *supra*, at pp. 12-15).

In the construction industry, the provincial government adopted a number of regional decrees to extend and enforce basic labour standards on wages, hours of work, and a few other benefits. However, no provisions concerning union security, like membership or collection of dues, could be included in those decrees. This system of regional construction decrees was renewed and kept in place until the 1960s.

In 1944, the Quebec legislature adopted the *Labour Relations Act*, R.S.Q. 1941, c. 162A. This law provided for union certification and monopoly union representation within a defined bargaining unit, under the supervision of a labour relations board. With some modifications, it introduced a system of management of labour relations similar to the North American model arising out of the New Deal in the United States. After a number of amendments, it became the Quebec *Labour Code* in 1964 (S.Q. 1963-64, c. 45 (now R.S.Q., c. C-27)).

dispositions des conventions collectives portant principalement sur les salaires et certains avantages sociaux. Ces normes liaient non seulement les parties aux conventions de travail, mais aussi tous les employeurs et employés compris dans le domaine d'application professionnel et territorial du décret. Celui-ci s'appliquait à toute la province, à une région ou même à un secteur donné, dans une industrie ou activité définie. (Voir J.-L. Dubé, *Décrets et comités paritaires: L'extension juridique des conventions collectives* (1990), p. 5 et suiv.) Cette loi visait ainsi à arrêter le nivellement par le bas des conditions de travail pendant les pressions économiques de la Grande Dépression. Elle a été adoptée après le lobbying favorable des groupes syndicaux, notamment les syndicats catholiques (CTCC) (Confédération des travailleurs catholiques du Canada), qui sont par la suite devenus la CSN (Confédération des syndicats nationaux), ainsi qu'avec l'appui de certains groupes d'employeurs, malgré l'opposition farouche des autres (voir Dubé, *op. cit.*, p. 12-15).

Dans l'industrie de la construction, le gouvernement provincial adopta une série de décrets régionaux pour étendre et faire respecter des normes minimales de travail en matière de salaires, d'heures de travail et de quelques autres avantages sociaux. Toutefois, aucune disposition relative à la sécurité syndicale, comme l'adhésion ou la perception de cotisations, ne pouvait être incluse dans ces décrets. Ce régime de décrets de construction régionaux fut renouvelé et maintenu jusque dans les années 60.

En 1944, la législature du Québec adopta la *Loi des relations ouvrières*, S.R.Q. 1941, ch. 162A. Cette loi prévoyait l'accréditation syndicale et le monopole d'un syndicat pour la représentation d'une unité de négociation particulière sous la surveillance d'une commission des relations ouvrières. Sous réserve de certaines adaptations, elle introduisit un régime de gestion des relations du travail semblable au modèle nord-américain découlant du *New Deal* aux États-Unis. À la suite de modifications, cette loi est devenue le *Code du travail* du Québec en 1964 (S.Q. 1963-64, ch. 45 (maintenant L.R.Q., ch. C-27)).

120

121

- 122 In Quebec, this system of local or defined bargaining units represented by an agent holding exclusive collective bargaining rights did not make any significant inroads into the construction industry. Even if construction workers fell within the scope of the *Labour Relations Act* and unions could have sought certification or voluntary recognition under the Act, labour relations in the construction industry remained regulated until the 1960s mainly through a number of regional decrees, which concerned the wages, benefits and classification of construction workers.
- 123 However, even in the early 1960s, the labour relations of the industry reflected the deep divisions existing within the Quebec labour movement. The most important and distinctive aspect of the Quebec labour relations scene had been the rise of a strong “homegrown” labour movement, strongly influenced at the time by the Catholic church. Those Catholic unions found themselves competing with other union groups that were already affiliated with international or Canada-wide organizations and which later came under the umbrella of the Quebec Federation of Labour (QFL) and the Canadian Labour Congress.
- 124 In the construction industry, international unions were particularly strong in mechanical crafts like electricity or plumbing, but also controlled important trades like iron work and elevator installation. Generally speaking, international unions controlled the construction industry in Montreal, where the Catholic unions remained weak for a long time. On the other hand, the “homegrown” unions were far more active and influential outside the Metropolitan Montreal area. In this manner, the construction industry mirrored the conflicts and divisions within the Quebec labour movement as a whole, according to the evidence given at trial by Réal Mireault, an expert on Quebec labour relations, and for a time the Deputy Minister of Labour of the province.
- Au Québec, ce régime d’unités de négociation locales ou définies représentées par un agent détenant des droits exclusifs de négociation collective ne perça guère dans l’industrie de la construction. Même si les travailleurs de la construction étaient visés par la *Loi des relations ouvrières* et que les syndicats auraient pu solliciter l’accréditation ou la reconnaissance volontaire en vertu de la Loi, les relations du travail dans l’industrie de la construction demeurèrent réglementées, jusque dans les années 60, principalement par des décrets régionaux portant sur les salaires, les avantages sociaux et la classification des travailleurs de la construction.
- Toutefois, même au début des années 60, les relations du travail dans l’industrie reflétaient les divisions profondes au sein du mouvement syndical au Québec. La caractéristique la plus importante et la plus originale du domaine des relations du travail au Québec était l’ascension d’un fort mouvement syndical d’origine québécoise, largement influencé à l’époque par l’Église catholique. Ces syndicats catholiques se retrouvèrent en concurrence avec d’autres groupes syndicaux, déjà affiliés à des organisations internationales ou nationales et qui se regroupèrent par la suite sous la bannière de la Fédération des travailleurs du Québec et celle du Congrès du travail du Canada.
- Dans l’industrie de la construction, les syndicats internationaux étaient particulièrement puissants dans les métiers comme l’électricité et la plomberie, mais ils contrôlaient aussi d’importants métiers comme le montage de structures d’acier et l’installation d’ascenseurs. De façon générale, les syndicats internationaux contrôlaient l’industrie de la construction à Montréal, où les syndicats catholiques restèrent faibles pendant longtemps. D’autre part, les syndicats d’origine québécoise étaient beaucoup plus actifs et influents hors de la région métropolitaine de Montréal. Ainsi, l’industrie de la construction reflétait les conflits et divisions du mouvement syndical québécois dans son ensemble, selon le témoignage de Réal Mireault, un expert en relations du travail au Québec qui a été sous-ministre du Travail de la province.

Despite those divisions and latent conflicts, until the 1960s, the system of regional decrees and collective bargaining had nevertheless maintained basic labour standards in the construction industry and a degree of industrial peace (see Commission de la construction du Québec, *Historique des relations du travail dans l'industrie de la construction au Québec* (1990), at p. 3). Indeed, there seem to have been fewer strikes or work stoppages in Quebec than in other provinces during that period. That peaceful, if somewhat hostile, co-existence between the separate strands of the Quebec labour movement broke down after 1965. Changes in the laws governing labour relations and in the economic life of the industry probably account for this breakdown. After the adoption of the Quebec *Labour Code*, which at the time applied to the construction industry, attempts at union certification for particular projects or employers took place. Such a pattern of local union organization and collective bargaining would have run at cross purposes with the regional system of decrees and informal collective bargaining that had generally prevailed until then. Those attempts at certification on a local basis generally came to nought in the construction industry. The Labour Relations Board managed neither to deal, in a timely manner, with the applications for certification nor to design a proper regulatory framework for such applications. Meanwhile, especially after the 1967 Montreal World's Fair, construction work became scarcer in Montreal. Large industrial and natural resources projects were on the other hand being launched in several regions of the province of Quebec. International unions tried to move into the regions and to take control of these major projects.

More particularly, the international unions in the mechanical trades tried to secure a complete monopoly on all work in large-scale industrial projects throughout the province. On the other hand, the CSN — Confédération des syndicats nationaux — the former confederation of Catholic unions — made new efforts to increase its presence in Montreal and, without much success, to break into the specialized construction trades. Some

125

Malgré ces divisions et ces conflits latents, le régime de décrets et de négociations collectives par région avait permis de maintenir des conditions minimales de travail dans l'industrie de la construction ainsi qu'une certaine paix industrielle jusque dans les années 60 (voir Commission de la construction du Québec, *Historique des relations du travail dans l'industrie de la construction au Québec* (1990), p. 3). En fait, il semble que moins de grèves et d'arrêts de travail survinrent au Québec que dans les autres provinces, au cours de cette période. Cette coexistence pacifique, quoique parfois hostile, entre les différentes branches du mouvement syndical québécois se rompit après 1965, probablement à cause de modifications aux lois sur les relations du travail et de l'évolution de la vie économique de l'industrie. Après l'adoption du *Code du travail* du Québec, qui s'appliquait alors à l'industrie de la construction, on assista à des tentatives d'accréditation syndicale pour certains chantiers ou employeurs. Une telle forme d'organisation syndicale et de négociation collective locales aurait été incompatible avec le régime régional de décrets et de négociations collectives informelles qui prévalait généralement jusque-là. Ces tentatives d'accréditation au niveau local n'ont généralement abouti à rien dans l'industrie de la construction. La Commission des relations du travail ne réussit ni à traiter dans les délais les demandes d'accréditation ni à concevoir un cadre de réglementation convenable pour de telles demandes. Entre-temps, surtout après l'Exposition universelle de Montréal en 1967, les travaux de construction devinrent plus rares à Montréal. Par contre, de vastes projets industriels et énergétiques furent lancés dans plusieurs régions du Québec. Les syndicats internationaux tentèrent de s'implanter dans les régions et de prendre le contrôle de ces projets majeurs.

126

Plus particulièrement, les syndicats internationaux des métiers mécaniques essayèrent d'obtenir le monopole complet des travaux que comportaient les grands projets industriels dans l'ensemble de la province. D'autre part, la CSN — Confédération des syndicats nationaux — l'ancienne confédération des syndicats catholiques — redoubla ses efforts pour accroître sa présence à Montréal et, sans beaucoup de succès, pour percer dans les

union groups sought to gain exclusive bargaining rights for a particular project. Others tried to keep the regional system alive. In 1968, it had become evident that the traditional labour relations system in the industry was no longer working. The system of regional decrees was breaking down, while local certification under the *Labour Code* had proven practically unworkable.

127 Conflicts arose within union and employer groups. For example, at least half a dozen provincial, regional or trade groups competed for support among contractors. Violence frequently flared up at construction sites. Work stoppages broke out often and uncontrollably. Abuses like bribery or improper use of union placement systems were rife. Some new framework had to be designed and put in place. The attempts to fix or replace the old collective bargaining regime gave birth to the 1968 Act (*Construction Industry Labour Relations Act*, S.Q. 1968, c. 45), which set up a specialized labour relations system, limited to the construction industry, where the *Labour Code* (R.S.Q. 1964, c. 141 (now R.S.Q., c. C-27)) and the *Collective Agreement Decrees Act* (R.S.Q. 1964, c. 143 (now R.S.Q., c. D-2)) no longer applied (ss. 3 and 59 of the 1968 Act (now R.S.Q., c. R-20, ss. 27 and 124)). (See F. Morin and J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec* (1998), at pp. 586-87.) This reform of the old system, which itself had been unique to Quebec, created a new labour scheme also uniquely tailored to the Quebec construction industry.

128 The new regime created a negotiation system that included all construction trades and retained regional bargaining, but allowed for province-wide bargaining if the parties agreed (*Historique des relations du travail dans l'industrie de la construction au Québec*, *supra*, at pp. 5-6). The law recognized the CSN and the QFL as bargaining agents for their

métiers spécialisés de la construction. Certains groupes syndicaux cherchèrent à obtenir des droits exclusifs de négociation pour un projet particulier. D'autres tentèrent de préserver le régime régional. En 1968, il était devenu évident que le régime traditionnel de relations du travail dans l'industrie ne fonctionnait plus. Le régime de décrets régionaux s'effondrait tandis que l'accréditation locale en vertu du *Code du travail* s'était révélée pratiquement impossible.

Des conflits survinrent entre les groupements syndicaux et au sein des groupes d'employeurs. Par exemple, au moins une demi-douzaine de groupes provinciaux, régionaux ou de métiers se disputaient l'appui des entrepreneurs. La violence éclatait fréquemment sur les chantiers de construction. Des arrêts de travail se produisaient souvent et de manière incontrôlable. Les abus comme la subornation et l'utilisation illicite des régimes de placement syndical étaient monnaie courante. Il fallait concevoir et mettre en place un nouveau cadre. Les tentatives de correction ou de remplacement de l'ancien régime de négociation collective donnèrent naissance à la Loi de 1968 (*Loi des relations du travail dans l'industrie de la construction*, S.Q. 1968, ch. 45), qui établit un régime spécialisé de relations du travail se limitant à l'industrie de la construction pour les cas où le *Code du travail* (S.R.Q. 1964, ch. 141 (maintenant L.R.Q., ch. C-27)) et la *Loi des décrets de convention collective* (S.R.Q. 1964, ch. 143 (maintenant L.R.Q., ch. D-2)) ne s'appliquaient plus (art. 3 et 59 de la Loi de 1968 (maintenant L.R.Q., ch. R-20, art. 27 et 124)). (Voir F. Morin et J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec* (1998), p. 586-587.) Cette réforme de l'ancien régime, lui-même propre au Québec, établit un nouveau régime des relations du travail lui aussi conçu spécialement pour l'industrie de la construction du Québec.

Le nouveau régime créa un mode de négociation qui visait tous les métiers de la construction, conservait la négociation régionale, mais permettait la négociation à l'échelle de la province, si les parties y consentaient (*Historique des relations du travail dans l'industrie de la construction au Québec*, *op. cit.*, p. 5-6). La loi reconnut la CSN et la FTQ

constituent unions and locals and granted the same status to six different employer groups in respect of their own members. A right of veto was granted to every representative union federation as well as to all employer groups. The collective agreement entered into between unions and employer associations would be extended by a decree, which would legally bind all employers and employees within a region or the province. The enforcement of labour standards was entrusted to joint committees made up of employer and union representatives. For the first time, the Act allowed the introduction into the collective agreement and decrees of provisions relating to union membership and dues.

The law was passed amid high hopes, but disappointment followed. Turmoil did not subside in the construction industry. The new collective bargaining system broke down almost immediately. The same conflicts, strikes and violence continued in spite of several years of large- and small-scale modifications of the law which brought no immediate relief (see *Historique des relations du travail dans l'industrie de la construction au Québec*, *supra*, at pp. 9-15; R. Mireault, "Témoignage sur l'évolution du régime des relations du travail dans le secteur de la construction", in R. Blouin, ed., *Vingt-cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec* (1990), 599, at pp. 612-13). After a bitter strike in the Montreal area, the provincial government had to revert to setting employment standards through a regulation adopted under the *Minimum Wage Act*. (See Mireault, *supra*, at p. 613.)

During this period, the government abolished the original construction decrees and replaced them by a new provincial decree applicable to all construction trades and to all areas in the province. The administration of the construction decree was handed over to a public body, the Commission de l'industrie de la construction, in 1971. To stop union violence and abuses in the placement or hiring hall schemes managed by unions and to prevent illegal strikes, harsher penalties were added to the law,

en tant qu'agents négociateurs pour leurs syndicats et sections locales affiliés et conféra le même statut à six groupes d'employeurs différents relativement à leurs propres membres. Un droit de veto fut accordé à chaque centrale syndicale et à tous les groupes d'employeurs. La convention collective entre syndicats et associations d'employeurs serait étendue par un décret juridiquement contraignant pour tous les employeurs et employés d'une région ou de la province. L'application des normes du travail fut confiée à des comités paritaires composés de représentants des employeurs et des syndicats. Pour la première fois, la loi permettait l'insertion dans les conventions collectives et dans les décrets de dispositions relatives à la syndicalisation et aux cotisations syndicales.

L'adoption de la loi suscita de grands espoirs, qui s'envolèrent vite. Les troubles ne cessèrent pas dans l'industrie de la construction. Le nouveau régime de négociation collective s'effondra presque immédiatement. Les conflits, les grèves et la violence se poursuivirent de la même façon, malgré l'adoption de modifications mineures et majeures à la loi au fil des années, qui ne réglèrent rien dans l'immédiat (voir *Historique des relations du travail dans l'industrie de la construction au Québec*, *op. cit.*, p. 9-15; R. Mireault, « Témoignage sur l'évolution du régime des relations du travail dans le secteur de la construction », dans R. Blouin, dir., *Vingt-cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec* (1990), 599, p. 612-613). Après une grève dure dans la région de Montréal, le gouvernement provincial dut revenir à la méthode de fixation des normes du travail par voie de règlement pris en vertu de la *Loi sur le salaire minimum*. (Voir Mireault, *loc. cit.*, p. 613.)

Au cours de cette période, le gouvernement abolit les décrets de la construction initiaux et les remplaça par un nouveau décret provincial applicable à tous les métiers de la construction et à toutes les régions de la province. L'administration du décret de la construction fut confiée en 1971 à un organisme public, la Commission de l'industrie de la construction. Pour mettre fin à la violence syndicale et aux abus dans les régimes de placement et de bureaux d'embauche gérés par les

129

130

without too much success at the time. In spite of those changes, violence still broke out sporadically, as collective bargaining merely led to new conflicts. Specialized trade groups tried to gain or maintain their control of large projects and the QFL attempted to secure a *de facto* control of the construction industry (see Mireault, *supra*, at p. 616). Inter-union rivalry continued to plague the industry.

syndicats et pour prévenir des grèves illégales, la loi prévoit des sanctions plus sévères, sans grand succès à l'époque. Malgré ces modifications, la violence continua à éclater sporadiquement, la négociation collective ne débouchant que sur de nouveaux conflits. Les syndicats de métiers spécialisés cherchèrent à obtenir ou à conserver le contrôle de grands projets, et la FTQ a tenté de s'assurer le contrôle de fait de l'industrie de la construction (voir Mireault, *loc. cit.*, p. 616). Les rivalités intersyndicales persistent et touchent durement l'industrie.

131 In 1974, after the wrecking of the James Bay project by a number of union officers and members of construction locals affiliated with the QFL, the Quebec government set up a commission of inquiry chaired by the Associate Chief Judge of the Provincial Court, Robert Cliche. This was the "Commission d'enquête sur l'exercice de la liberté syndicale dans l'industrie de la construction" better known as the "Cliche Commission".

En 1974, après le saccage du projet de la Baie James par des dirigeants syndicaux et des membres de sections locales de la construction affiliées à la FTQ, le gouvernement du Québec établit une commission d'enquête présidée par le juge en chef adjoint de la Cour provinciale, Robert Cliche : la Commission d'enquête sur l'exercice de la liberté syndicale dans l'industrie de la construction, plus connue sous le nom de « Commission Cliche ».

132 The report of the Cliche Commission advocated the imposition of a public trusteeship on a number of union locals for several years. It also recommended a number of changes in the collective bargaining system, as well as extensive reforms in the laws and regulations governing contractors' professional qualification and workers' vocational certification.

Le rapport de la Commission Cliche recommanda l'imposition de la mise en tutelle par l'État d'un certain nombre de sections locales de syndicats pendant plusieurs années. Il proposa également des modifications au régime de négociation collective de même que des réformes profondes dans les lois et règlements régissant la qualification professionnelle des entrepreneurs et l'accréditation professionnelle des travailleurs.

133 The legislative framework that came out of the Cliche report has governed labour relations in the construction industry ever since. Some changes were made later, but are not relevant to the case at bar. The main features of the system remained essentially the same until 1992 when the present litigation started, despite frequent legislative amendments. Indeed, Professors Morin and Brière assert that the National Assembly adopted more than forty laws relating to labour relations in the construction industry within the last thirty years (*supra*, Annexe 5, at p. 1343).

Le cadre législatif qui a découlé du rapport Cliche régit depuis lors les relations du travail dans l'industrie de la construction. Des modifications y ont été apportées par la suite, mais elles ne sont pas pertinentes en l'espèce. Les principales caractéristiques du régime sont demeurées essentiellement les mêmes jusqu'en 1992, date du début du présent litige, malgré de nombreuses modifications législatives. D'ailleurs, les professeurs Morin et Brière affirment que l'Assemblée nationale a adopté plus de quarante lois sur les relations du travail dans l'industrie de la construction au cours des trente dernières années (*op. cit.*, annexe 5, p. 1343).

B. *The Labour Relations System After the Cliche Commission*

The post Cliche Commission regime remains based on the 1968 *Construction Industry Labour Relations Act*. It maintains a special system of labour relations restricted to the construction industry, which excludes it from the scope of application of the *Labour Code* and the *Collective Agreement Decrees Act*. It provides for provincial collective bargaining between union groups recognized as representative by the law itself and a unified employer association. This Association des entrepreneurs en construction du Québec replaced the several associations that, in the past, had attempted to negotiate for employers. All employees select a union group as their representative. The nature of that choice and of its effects lies at the heart of the present litigation.

Negotiations and agreement between the representative unions and the employer associations led to the adoption of a provincial decree applicable to the whole industry, which is legally binding on all employees and employers within the province. The enforcement of the decree has been entrusted to a public body, the "Office de la construction du Québec", which is now the "Commission de la construction du Québec". A few years later, union employment offices (*bureaux de placement*) fell under the control of the Commission de la construction and unions are now forbidden to operate them. The regime allows for preferential hiring of construction workers within each region of the province. This regime, which undergoes periodic revisions, aims to achieve a degree of employment stability and to grant a form of seniority rights to those workers who were deemed to be "true construction workers". The legislature has also enacted a general system of professional qualification for all contractors in the construction industry. (See C. Beaudry and C. Roy, "Aperçu du contexte législatif", in Ogilvy Renault, *La construction au Québec: perspectives juridiques* (1998), 1, at pp. 11-17.)

B. *Le régime de relations du travail après la Commission Cliche*

Le régime suivant la Commission Cliche demeure fondé sur la *Loi des relations du travail dans l'industrie de la construction* de 1968. Il établit un mode de relations du travail propre à l'industrie de la construction, ce qui le soustrait à l'application du *Code du travail* et de la *Loi des décrets de convention collective*. Il prévoit la négociation collective à l'échelle de la province entre, d'une part, les groupes syndicaux reconnus comme représentatifs par la loi elle-même et, d'autre part, une association d'employeurs unifiée. Cette Association des entrepreneurs en construction du Québec a remplacé les nombreuses associations qui avaient tenté par le passé de négocier pour les employeurs. Tous les employés choisissent un groupe syndical pour les représenter. La nature de ce choix et de ses effets se situe au cœur du litige.

Les négociations et la convention entre les syndicats représentatifs et les associations d'employeurs ont mené à l'adoption d'un décret provincial applicable à l'ensemble de l'industrie et juridiquement contraignante pour tous les employés et employeurs de la province. L'application du décret a été confiée à un organisme public, l'« Office de la construction du Québec », devenu la « Commission de la construction du Québec ». Quelques années plus tard, les bureaux de placement syndicaux sont passés sous le contrôle de la Commission de la construction et il est maintenant interdit aux syndicats de les exploiter. Le régime prévoit l'embauche préférentielle des travailleurs de la construction dans chaque région de la province. Ce régime, révisé périodiquement, vise à atteindre une certaine stabilité dans l'emploi et à conférer des droits d'ancienneté aux salariés considérés comme « de vrais travailleurs de la construction ». La législature a également adopté un régime général de qualification professionnelle applicable à tous les entrepreneurs de l'industrie de la construction. (Voir C. Beaudry et C. Roy, « Aperçu du contexte législatif », dans Ogilvy Renault, *La construction au Québec : perspectives juridiques* (1998), 1, p. 11-17.)

134

135

136 The intricate laws governing labour relations in the Quebec construction industry and the certification of workers and employers have created a highly regulated environment. The industry is far removed from a system of individual bargaining between employers and employees. Its regime of labour relations is also sharply distinct from the collective bargaining system based on local bargaining units, which is common in the rest of Canada, under the provincial and federal labour laws. The Quebec system has two strikingly different features: (1) the centralized character of the collective bargaining system and (2) the separation of the negotiation of the working conditions from their implementation. While the union groups and employer associations negotiate the collective agreements, and consequently, the standards to be incorporated into the construction decree, the enforcement of these labour standards is not achieved through a grievance procedure controlled by the unions. Instead, enforcement is mainly the responsibility of the Commission de la construction, which is a public body created under the *Construction Act*. The Commission oversees the implementation of the decree and enforces it, if need be, through civil and penal remedies.

137 Under the *Construction Act*, the main functions of the representative union groups and employer associations are restricted to the negotiation of labour conditions. The importance of the union selection rules in the law is thus closely tied to a negotiation process, which depends in turn on the assessment of the representativeness of unions. The impact of a union on the collective bargaining process varies with its degree of representativeness. If it goes over 50 percent, it may control the negotiation and signature of the agreement, and hence, the content of the decree. Smaller groups, which do not manage to form into a larger bargaining unit, may become mere spectators in the process.

C. *Interpretation of Provisions Governing Union Allegiance*

138 As indicated above, at the time of the proceedings leading to the present appeal, the law

Les dispositions complexes régissant les relations du travail dans l'industrie de la construction au Québec et l'accréditation des travailleurs et des employeurs ont créé un environnement fortement réglementé. L'industrie est loin d'un régime de négociation individuelle entre employeurs et employés. Son régime de relations du travail est également fort distinct du système de négociation collective par unité locale généralement prévu dans le reste du Canada par les lois du travail provinciales et fédérales. Le régime québécois comporte deux caractéristiques qui le différencient de manière frappante : (1) la nature centralisée du système de négociation collective et (2) la séparation entre la négociation des conditions de travail et leur mise en œuvre. Même si les groupes syndicaux et les associations d'employeurs négocient les conventions collectives et, par conséquent, les normes qui font l'objet du décret de la construction, l'application de ces normes de travail ne se fait pas par voie de grief, procédure contrôlée par les syndicats. Elle relève plutôt principalement de la Commission de la construction, organisme public créé par la *Loi sur la construction*. La Commission supervise la mise en œuvre du décret et le fait respecter, au besoin, par des recours civils et pénaux.

En vertu de la *Loi sur la construction*, les fonctions principales des groupes syndicaux représentatifs et des associations d'employeurs se limitent à la négociation des conditions de travail. L'importance des règles prévues par la loi pour le choix d'un syndicat est donc étroitement liée au processus de négociation, qui repose pour sa part sur l'évaluation de la représentativité des syndicats. L'impact d'un syndicat sur le processus de négociation collective dépend de son degré de représentativité. Si celui-ci excède 50 p. 100, le syndicat peut contrôler la négociation et la signature de la convention, donc le contenu du décret. Les groupes plus petits qui ne réussissent pas à former une unité de négociation plus large risquent d'être de simples spectateurs dans le processus.

C. *L'interprétation des dispositions régissant l'allegiance syndicale*

Comme je l'ai indiqué précédemment, la loi reconnaissait cinq groupes syndicaux en tant que

recognized five union groups as representative parties. Section 28 of the *Construction Act* provided that they were the only union groups entitled to an assessment of their representativeness.

The Commission draws up a list of construction workers qualified to take part in a mandatory vote under s. 32 of the Act, during which each worker must opt for one of the union groups, as his or her bargaining representative. In order to take part in that vote, a construction worker must hold a journeyman competency certificate, an occupation competency certificate or an apprentice competency certificate. Construction workers must have also worked 300 hours in the industry in the 15 months before the election is held. The list is verified and established by the Commission which, in this manner, determines who is entitled to vote in the union poll.

During the eleventh month before the end of the decree, every eligible construction worker must inform the Commission of his or her "election" respecting one of the representative associations. The ballot is secret. If a worker fails to express a choice, he or she is presumed to have again chosen the association which he or she already belongs to. On the basis of that vote, the Commission determines the representativeness of every association under s. 35. This degree of representativeness determines the extent of the influence of each association in the negotiation process. Only a union or a group of associations with a representativeness of 50 percent or greater of all certified construction workers may negotiate collective agreements. When a union's representativeness falls below 50 percent of the certified construction work force, the union may not negotiate a collective agreement, but may only watch and accept the terms negotiated by the more representative union. If a union's degree of representativeness does not reach at least 15 percent, it is even deprived of the right to attend collective bargaining sessions (s. 42.1).

The respondent and *mis en cause* argued that in spite of its wording, the Act does not impose an

parties représentatives au moment de l'institution des procédures ayant mené au présent pourvoi. L'article 28 de la *Loi sur la construction* prévoyait que seuls ces cinq groupes syndicaux pouvaient faire constater leur représentativité.

La Commission dresse la liste des travailleurs de la construction qui possèdent les qualités requises pour participer au vote obligatoire prévu par l'art. 32 de la Loi, au cours duquel chacun doit choisir l'un des groupes syndicaux en tant qu'agent négociateur. Pour participer à ce vote, le travailleur de la construction doit être titulaire du certificat de compétence-compagnon, du certificat de compétence-occupation ou du certificat de compétence-apprenti. Il doit aussi avoir travaillé 300 heures dans l'industrie au cours des 15 mois précédant l'élection. La liste est vérifiée et établie par la Commission, qui détermine ainsi qui a le droit de voter lors du scrutin syndical.

Au cours du onzième mois précédant l'expiration du décret, tout travailleur de la construction admissible doit informer la Commission de son « choix » quant à l'association représentative. Le scrutin est secret. Le travailleur qui n'exprime pas son choix est réputé avoir choisi de nouveau l'association à laquelle il appartient déjà. Selon les résultats du scrutin, la Commission détermine la représentativité de chaque association en vertu de l'art. 35. Ce degré de représentativité détermine la portée de l'influence de chaque association dans les négociations. Seul le syndicat ou groupe d'associations dont la représentativité est d'au moins 50 p. 100 de tous les travailleurs de la construction accrédités peut négocier une convention collective. Les syndicats dont la représentativité est inférieure à 50 p. 100 des travailleurs de la construction accrédités ne peuvent négocier une convention collective, devant plutôt se contenter du rôle d'observateur et accepter les dispositions négociées par le syndicat plus représentatif. Ceux dont la représentativité est inférieure à 15 p. 100 perdent même leur droit d'assister aux séances de négociation collective (art. 42.1).

L'intimée et le mis en cause prétendent que, malgré son libellé, la Loi n'institue pas l'adhésion

139

140

141

obligation to join a union. In their view, its provisions are not a form of legislated union shop. They assert the law only imposes an obligation to choose a bargaining agent and to pay for its services under a formula which would amount to a kind of Rand or union agency formula. This interpretation strains the wording of the Act. As it is drafted, the law creates an obligation to join one of five union groups. The election among these groups means that construction workers are deemed to become members of the group they voted for. It should be noted that the Act remains silent about the nature of the legal relationship between craft or local unions that belong to recognized associations and their umbrella organizations. The Act does not state how workers become members of a particular local trade or regional union nor how union dues are apportioned among the affiliates of the five groups. Nevertheless, the law regulates some of the aspects of the internal management of local unions. As was discussed above, unions are forbidden from creating or managing employment referral schemes or hiring halls. The Act also incorporates strong provisions against discrimination to which I will turn in another part of these reasons.

D. *The Effect of Section 30 of the Act*

142

Given the discussion of the interpretation of s. 30 in this appeal, some comments seem to be appropriate about the legislative history of this provision, its relationship with union membership and the control of competency. On its face, s. 30 prevents construction workers from joining unions before they are domiciled in Quebec, or have worked 300 hours in the preceding year. It also forbids unions from accepting them as members unless they meet these conditions. At the same time, according to s. 39, no one can work without a card that certifies a person has prior experience in the industry, which in turn requires that the person would have first joined a union. Thus a literal reading of these sections creates a perfect conundrum, dooming the industry to extinction. This, of course, is not the reality. Statistics show that workers continue to enter and leave the

syndicale obligatoire. Selon eux, elle ne prévoit pas une forme d'atelier syndical. Ils affirment que la loi se borne à imposer l'obligation de choisir un agent négociateur et de payer pour ses services selon une formule de type Rand ou de mandat syndical. Cette interprétation ne respecte pas le texte de la Loi. D'après son libellé, la loi crée l'obligation d'adhérer à l'un des cinq groupes syndicaux. Le choix entre ces groupes signifie que les travailleurs de la construction sont réputés être membres du groupe pour lequel ils ont voté. Il faut souligner que la Loi ne précise pas la nature des rapports juridiques entre les syndicats de métiers ou les syndicats locaux qui appartiennent à des associations reconnues et leurs organisations-cadres. Elle ne prévoit pas la manière dont les travailleurs deviennent membres d'un syndicat local ou régional ni celle dont les cotisations syndicales sont réparties entre les affiliés des cinq groupes. Elle régit néanmoins certaines facettes de la gestion interne des syndicats locaux. Comme je l'ai mentionné précédemment, il est interdit aux syndicats de créer et de gérer des régimes de présentation de candidats à l'emploi et des bureaux d'embauchage. La Loi contient également des dispositions strictes contre la discrimination, que j'aborderai dans une autre partie des présents motifs.

D. *L'effet de l'art. 30 de la Loi*

Compte tenu de l'analyse de l'interprétation de l'art. 30 dans le présent pourvoi, il semble opportun de faire quelques commentaires sur l'historique législatif de cette disposition, son rapport avec l'appartenance syndicale et le contrôle de la compétence. À première vue, l'art. 30 empêche l'adhésion syndicale des travailleurs de la construction qui ne sont pas domiciliés au Québec ou qui n'ont pas effectué 300 heures de travail l'année précédente. En outre, il interdit aux syndicats de les accepter comme membres s'ils ne respectent pas ces conditions. Cependant, selon l'art. 39, une personne ne peut pas travailler sans posséder une carte attestant son expérience dans l'industrie, et, pour obtenir cette carte, elle doit d'abord se syndiquer. Une interprétation littérale de ces articles créerait donc un problème épineux condamnant l'industrie à l'extinction. Cela ne correspond évidemment pas à

industry. For example, in 1992, when this litigation began, 20,677 workers left the industry and 10,900 entered it. In a better economic year, as in 1987, the proportion of new workers joining the industry reached 27.6 percent. (See, for example, Commission de la construction du Québec, Service recherche et organisation, *Analyse de l'industrie de la construction au Québec 1992* (1993), at p. 35.)

Moreover, a literal interpretation of s. 30 would also mean that, at law, workers could join the industry only within the very limited reference period for the assessment of union representativeness, under ss. 30 and 32. Given that decrees usually remain in force for periods of three years, the industry and the unions could accept new workers and members only once every three years. The industry would be legally closed outside this reference period.

It is established law that if a statute is ambiguous or if several interpretations remain possible, it should be given a construction that upholds its validity and which gives it a reasonable meaning and effect. (See *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33, *per* McLachlin C.J.) The provision should be read in conformity with the intention of the legislature: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 21-22, *per* Iacobucci J.

Properly interpreted, in the context of the other provisions of the Act, s. 30 means that a voters list will be drawn up at regular and specific times in order to assess the representativeness of the construction industry unions. It is neither a bar to union membership, nor a breach of the positive right of association. Before, during and after these times, new workers may join the industry and unions must accept them as members, under s. 94 of the Act.

la réalité. Les statistiques démontrent que les travailleurs continuent à entrer dans l'industrie et à en sortir. Par exemple, en 1992, année où le présent litige a commencé, 20 677 travailleurs ont quitté l'industrie et 10 900 y sont entrés. Dans une meilleure année sur le plan économique, comme en 1987, la proportion de nouveaux travailleurs dans l'industrie a atteint 27,6 p. 100. (Voir, à titre d'exemple, Commission de la construction du Québec, Service recherche et organisation, *Analyse de l'industrie de la construction au Québec 1992* (1993), p. 35.)

Une interprétation littérale de l'art. 30 signifierait également que la loi permettrait aux travailleurs de se joindre à l'industrie uniquement pendant la période de référence très limitée où a lieu l'évaluation de la représentativité des syndicats en vertu des art. 30 et 32. Comme les décrets demeurent généralement en vigueur pour trois ans, l'industrie et les syndicats ne pourraient accepter de nouveaux travailleurs et membres que tous les trois ans. Il serait impossible de se joindre à l'industrie en dehors de cette période de référence.

Il est établi en droit que, lorsqu'une loi est ambiguë ou susceptible de plusieurs interprétations, il faut lui donner une interprétation qui confirme sa validité et qui lui attribue un sens et un effet raisonnables. (Voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33, le juge en chef McLachlin.) La disposition doit être interprétée conformément à l'intention du législateur : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21-22, le juge Iacobucci.

Interprété comme il se doit, dans le contexte des autres dispositions de la Loi, l'art. 30 signifie qu'on dressera régulièrement et à des moments précis une liste d'électeurs pour déterminer la représentativité des syndicats de l'industrie de la construction. Il ne s'agit ni d'une interdiction d'être membre d'un syndicat ni d'une atteinte au droit positif d'association. De nouveaux travailleurs peuvent entrer dans l'industrie avant, pendant et après ces moments, et les syndicats doivent les accepter comme membres, conformément à l'art. 94 de la Loi.

143

144

145

94. Every employee has the right to belong to an association of employees of his choice, and to participate in the activities and management thereof, but he shall not belong to more than one association of employees.

146 The period of assessing the unions' representativeness leads to a weeding out of inactive workers. These inactive workers remain eligible to rejoin the industry, if their services are needed, if they have the required degree of competency and if they join a union or have maintained their union membership.

147 In order to understand the purpose and effect of s. 30, I will return to some aspects of the history of the legislation. When the legislature recognized several construction associations and union groups as employer or employee representatives, it then granted a veto to every party on the negotiation or conclusion of collective agreements. The exercise of this right of the veto led to impasses.

148 In the end, after the report of the Cliche Commission, the National Assembly compelled the contractors to join one association, then known as the Association des entrepreneurs en construction du Québec. On the union side, several formulas were tried, modified and discarded in order to assess the representativeness of negotiating parties. All these methods shared some common ingredient. (For a review of these formulas, see *Rapport du Comité d'étude et de révision de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction* (1978), vol. 1, at pp. 5-10.)

149 The assessment of the representativeness was closely linked to the negotiation process. A reference period was created during which the representativeness could be verified and certified. First, there were attempts to establish it from the membership lists of unions. Unfortunately, at times, a puzzling discrepancy was observed between claimed and actual membership. The tabulation of these would show, at times, more members than workers, and it was found that a number of people maintained dual membership. Other factors were considered, like the amount of union dues collected by each group or the number of hours worked by their

94. Tout salarié a droit d'appartenir à une association de salariés de son choix et de participer à ses activités et à son administration mais il ne peut appartenir qu'à une seule association de salariés.

La période d'évaluation de la représentativité des syndicats mène à l'exclusion des travailleurs inactifs. Ces derniers peuvent se joindre de nouveau à l'industrie si leurs services sont requis, s'ils ont le niveau de compétence exigé et s'ils adhèrent ou ont conservé leur adhésion à un syndicat.

Pour comprendre l'objet et l'effet de l'art. 30, je reviendrai à certains aspects de l'historique de la loi. Lorsque la législature a reconnu des associations de la construction et des groupes syndicaux comme représentants des employeurs et des salariés, respectivement, elle a accordé un droit de veto à chaque partie pour la négociation ou la conclusion de conventions collectives. L'exercice de ce droit de veto a conduit à des impasses.

En fin de compte, après le rapport de la Commission Cliche, l'Assemblée nationale a forcé les entrepreneurs à adhérer à une association unique, alors connue sous le nom d'Association des entrepreneurs en construction du Québec. Du côté syndical, on a essayé, modifié et écarté plusieurs formules d'évaluation de la représentativité des parties à la négociation. Ces méthodes possèdent toutes des traits communs. (Pour l'examen de ces formules, voir le *Rapport du Comité d'étude et de révision de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction* (1978), vol. 1, p. 5-10.)

L'évaluation de la représentativité était étroitement liée au processus de négociation. On a donc créé une période de référence permettant la vérification et l'attestation de la représentativité. On a d'abord tenté d'établir la représentativité à partir des listes de membres des syndicats. Malheureusement, on a parfois constaté un écart étrange entre les listes et le nombre réel de membres. La compilation des données à cet égard indiquait parfois qu'on dénombrait plus de membres que de travailleurs, et on a remarqué que certaines personnes appartenaient à deux syndicats. On a pris en considération d'autres facteurs, comme le montant des

members in the industry. None of these methods proved adequate. The idea, nevertheless, remained that some objective process should allow an independent body to ascertain the representativeness of union groups.

The formula that is now found in s. 30 of the Act finds its source probably in the proposals of the Comité d'étude et de révision de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction ("C.E.R.L.I.C."), a committee set up in 1978, by the Quebec government, to review once more some aspects of the *Construction Act* and of its application. After considering a number of alternatives, this committee advocated the formula of union election at specified times in order to assess representativeness of the recognized union groups. In its opinion, the law should determine who is entitled to vote and when. The vote must be conducted by an independent body, distinct from unions. The public body known as the "Commission de la construction" would then oversee the vote and certify the representativeness of each union group. (See C.E.R.L.I.C. report, at p. 33.)

Only workers already holding one of the classification certificates then issued and having worked at least 300 hours during the 12 months preceding the vote would be entitled to vote (see report, at p. 34). In its report, the C.E.R.L.I.C. tried to identify who were the real stakeholders in the industry and wanted to restrict the vote to them. From the drafting of s. 30, it is clear that this approach was accepted by the National Assembly.

Section 30 set up a procedure and criteria in order to draw up a list of qualified voters. Such a list did not include every person who happened to have worked an hour or so on a construction job. The law sought to identify those people who had worked long enough to be considered as true construction workers and asked them to take part in a kind of election procedure. An employee who failed to vote

cotisations syndicales perçues par chacun des groupes et le nombre d'heures effectuées par leurs membres dans l'industrie. Aucune de ces méthodes n'a fonctionné. On croyait toujours toutefois qu'un processus objectif devrait permettre à un organisme indépendant de vérifier la représentativité des groupes syndicaux.

La formule figurant maintenant à l'art. 30 de la Loi tire probablement son origine des propositions du Comité d'étude et de révision de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction (« C.E.R.L.I.C. »), un comité établi en 1978 par le gouvernement du Québec, dont le mandat consistait à revoir une fois de plus certaines facettes de la *Loi sur la construction* et de son application. Après avoir examiné un certain nombre de solutions de rechange, ce comité a préconisé la formule de l'élection d'un syndicat aux moments prévus pour la détermination de la représentativité des groupes syndicaux reconnus. D'après lui, la loi devait préciser qui a le droit de vote et quand ce droit peut être exercé. Un organisme indépendant par rapport aux syndicats devait tenir ce scrutin. L'organisme public connu sous le nom de « Commission de la construction » surveillerait alors le déroulement du scrutin et attesterait de la représentativité de chaque groupe syndical. (Voir le rapport C.E.R.L.I.C., p. 33.)

Seuls les travailleurs déjà titulaires de l'un des certificats de classification et qui auraient effectué au moins 300 heures de travail au cours des 12 mois précédant le scrutin auraient le droit de voter (voir le rapport, p. 34). Dans son rapport, le C.E.R.L.I.C. a tenté d'identifier les véritables interlocuteurs dans l'industrie et a voulu restreindre le scrutin à ceux-ci. Il ressort du libellé de l'art. 30 que l'Assemblée nationale a accepté cette façon de faire.

L'article 30 établit une procédure et des critères pour l'établissement d'une liste de personnes habiles à voter. Cette liste ne comprend pas les personnes ayant travaillé par hasard une heure ou deux sur un chantier de construction. La loi visait celles qui avaient travaillé suffisamment longtemps pour être considérées comme de vrais travailleurs de la construction et les invitait à participer à une sorte

150

151

152

would be deemed to have cast his vote in favour of the union to which he already belonged, and for which he had already voted at the last opportunity, in accordance with s. 39. After the ballot, new lists and new cards certifying, at the same time, the classification or competence and union membership were issued. Although union membership and certification of competence remained a distinct requirement, this solution was recommended again by the C.E.R.L.I.C. in 1978 to reduce the paperwork required in the administration of the Act. Once issued, the card remains valid until the eighth month preceding the expiry date of a decree. In the meantime, s. 32 allows for the issuance of new cards and new union sign-ups. Section 39 requires that a card in the form of s. 30 be issued. Section 32 refers expressly to workers who have chosen a union since the last ballot and thus acknowledges that the affiliation to a union is a continuing process. The worker may then join a union and start working, once his competency is verified. The process provided for in s. 30 is not a bar to participation in the industry. Indeed, the regulation then in force, which was never challenged, clearly allowed the Commission de la construction to issue new cards, on an ongoing basis, during the term of the decree, as it did. (See *Regulation respecting the registration certificate issued by the Office de la construction du Québec*, s. 3.)

153 The lists determine who votes. They do not operate as a bar to employment in the industry nor to membership in the unions.

154 All drafting problems which allegedly existed were addressed and cured by later amendments which added the provision which is now s. 36.1. It provides explicitly for the issuance of cards at any time. Before that, such were the regulations and the practice under them, and the law, when given a proper interpretation. The amendments made the law clearer, but do not mean that cards were issued illegally year after year to the workers who entered the industry, under the legal rules then in force.

de processus électoral. Le salarié omettant de voter était réputé avoir voté en faveur du syndicat auquel il appartenait déjà et pour lequel il avait voté au scrutin précédent, conformément à l'art. 39. Après le scrutin, la Commission dressait de nouvelles listes et délivrait de nouvelles cartes, attestant à la fois la classification ou la compétence et l'appartenance syndicale. Même si l'appartenance syndicale et l'attestation de compétence demeuraient des exigences distinctes, le C.E.R.L.I.C. a recommandé de nouveau cette solution en 1978 pour réduire la documentation requise dans l'application de la Loi. À compter de sa date de délivrance, la carte demeure en vigueur jusqu'au huitième mois précédant la date d'expiration du décret. L'article 32 permet dans l'intervalle la délivrance de nouvelles cartes et de nouvelles adhésions syndicales. En vertu de l'art. 39, une carte sous la forme prescrite par l'art. 30 doit être délivrée. L'article 32 renvoie expressément aux travailleurs qui ont choisi un syndicat depuis le scrutin précédent et reconnaît donc que l'appartenance à un syndicat est un processus continu. Après vérification de sa compétence, le travailleur peut se syndiquer et commencer à travailler. Le processus établi à l'art. 30 n'empêche pas la participation à l'industrie. D'ailleurs, le règlement alors en vigueur, qui n'a jamais été contesté, permettait clairement à la Commission de la construction de délivrer de nouvelles cartes, de façon continue, pendant la durée du décret, comme elle l'a fait. (Voir le *Règlement sur le certificat d'enregistrement délivré par l'Office de la construction du Québec*, art. 3.)

Les listes déterminent qui peut voter. Elles ne constituent pas une barrière à l'emploi dans l'industrie ou à l'adhésion syndicale.

Les modifications ultérieures qui ont ajouté l'actuel art. 36.1 ont résolu tous les problèmes de rédaction allégués. Cette disposition prévoit explicitement la délivrance de cartes à tout moment. Avant l'adoption de l'art. 36.1, c'est ce que permettaient également la Loi, les règlements et la pratique qui en découle, s'ils sont bien interprétés. Les modifications ont rendu la loi plus claire, mais elles ne signifient pas que les cartes étaient émises illégalement année après année aux travailleurs entrant

There was an obligation to join a union, but no bar to joining them.

There is, clearly, an obligation to join a union group, as well as an obligation on the part of unions to accept workers wishing to affiliate with them. Does this infringe the guarantee of freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*? This question raises the core issue of this appeal. Its consideration will require a survey of the application of the *Charter* in the field of labour relations, more particularly in the jurisprudence of this Court. Such an analysis will facilitate a proper understanding of the nature and extent of the guarantee of freedom of association.

E. *The Charter and Labour Relations*

Looking back over nearly 20 years of the application of the *Charter*, it is clear that this Court has been reluctant to accept that the whole field of labour relations should fall under the constitutional guarantee of s. 2(d). The law of collective bargaining, as it has developed in Canada since the Depression beginning in 1929 and the Second World War, as well as union and employer conflicts like strikes and lockouts, have been left largely to legislative control based on government policy. Laws restricting the choice of a bargaining agent or forbidding strikes and lockouts were deemed not to engage the guarantee of freedom of association as such. The social and economic balance between employers and their collective unionized employees was viewed as a question of policy making and management of sharply conflicting interests. Thus, it was thought more appropriate to leave the resolution of such conflicts and the policy choices they required to the political process.

Bastarache J.'s reasons in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at para. 37, accurately summarize this consistent orientation of this Court, since it started to grapple with the problems arising out of the relationship between the guarantee of freedom of association

dans l'industrie, suivant les règles de droit alors en vigueur. Il existait une obligation, et non une interdiction, d'adhérer à un syndicat.

La loi impose manifestement une obligation d'adhérer à un groupe syndical de même qu'une obligation de la part des syndicats d'accepter les travailleurs voulant y adhérer. Cela porte-t-il atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*? C'est la question fondamentale du pourvoi. Pour trancher cette question, il faut examiner l'application de la *Charte* dans le domaine des relations du travail, plus particulièrement dans la jurisprudence de notre Cour. Cette analyse permettra de mieux comprendre la nature et la portée de la garantie de liberté d'association.

E. *La Charte et les relations du travail*

Il ressort clairement de l'examen de l'application de la *Charte*, sur près de 20 ans, que notre Cour hésite à accepter que l'ensemble du domaine des relations du travail soit visé par la garantie constitutionnelle de l'al. 2d). Le droit de la négociation collective, tel qu'il a évolué au Canada, depuis la Dépression qui commença en 1929 et la Seconde Guerre mondiale, de même que les conflits entre syndicats et employeurs, comme les grèves et les lock-out, ont été laissés dans une large mesure au contrôle du législateur, fondé sur les orientations de la politique gouvernementale. Les lois restreignant le choix de l'agent négociateur ou interdisant les grèves et les lock-out étaient réputées ne pas mettre en jeu la garantie de liberté d'association en soi. L'équilibre social et économique entre les employeurs et leurs employés syndiqués était considéré comme un problème d'élaboration de politiques publiques et de gestion d'intérêts nettement divergents. On a donc jugé préférable de laisser au processus politique le règlement de ces conflits et les choix de politique que ceux-ci exigeaient.

Les motifs du juge Bastarache dans *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, par. 37, résument bien cette orientation constante de notre Cour depuis qu'elle a commencé à s'attaquer aux problèmes découlant de la relation entre la garantie de liberté d'association et la ges-

155

156

157

and the legislative management of labour relations in Canada:

Since this Court's decision in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, *supra*, it is clear that under the trade union certification system, the government may limit access to mechanisms that facilitate labour relations to one employee organization in particular, and impose certain technical rules on that organization. It goes without saying that it must, however, be a genuine employee association that management does not control. Otherwise, there would be a violation of s. 2(d). This said, I repeat that there is no general obligation for the government to provide a particular legislative framework for its employees to exercise their collective rights. However, they may freely set up an independent employee association which is protected against employer interference in its business by s. 2(d) of the *Charter* and which may carry on any lawful activity that its members may carry on individually, including representing their interests.

158

The rationale for that approach may be found in the reasons written by McIntyre J. in one of the first cases which attempted to define the content and meaning of the right of freedom of association after the *Charter* came into force. In his view, the courts should stay out of the field of labour relations, as they would not be the best arbiter of the conflicting interests at play in this arena of social and economic life. (See *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at pp. 412-13.) McIntyre J. did not view freedom of association as incorporating such rights as the right to strike. In that case, the Court reviewed the constitutional validity of an Alberta statute that forbade strikes by certain employees in the public service and imposed a form of compulsory arbitration. Writing for the majority, McIntyre J. held that the *Charter* would not grant constitutional protection to the right to strike. This holding was bolstered by what McIntyre J. described as considerations of sound management of social policy issues. Constant court interventions might freeze or disrupt a fluid and evolving social environment. It might even impede further legislative development, especially at an early stage of the development of the *Charter*. (See McIntyre J., at p. 415.) Extending

tion des relations du travail par le législateur au Canada :

Depuis la décision de cette Cour dans *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, précitée, il est clair que le gouvernement peut restreindre l'accès aux mécanismes facilitant les relations du travail à une organisation syndicale en particulier en vertu du système d'accréditation syndicale, organisation à laquelle il peut imposer certaines règles de forme. Il va de soi qu'il doit cependant s'agir d'une véritable association de travailleurs qui n'est pas contrôlée par la direction. Dans le cas contraire, l'al. 2d) se trouverait à être violé. Ceci dit, je répète qu'il n'existe aucune obligation générale pour le gouvernement de fournir un cadre législatif particulier pour l'exercice des droits collectifs de ses employés. Mais l'association indépendante de travailleurs peut être librement formée par ceux-ci. Elle est protégée contre l'ingérence de l'employeur dans ses affaires par l'al. 2d) de la *Charte*. Elle peut aussi exercer toute activité licite que ses membres peuvent exercer individuellement, y compris la représentation de leurs intérêts.

Les motifs du juge McIntyre, dans l'un des premiers arrêts qui ont tenté de définir le contenu et la signification du droit à la liberté d'association, après l'entrée en vigueur de la *Charte*, appuient cette conception. Selon lui, les tribunaux doivent rester hors du domaine des relations du travail puisqu'ils ne seraient pas les meilleurs arbitres des intérêts divergents en jeu dans cette partie de la vie sociale et économique. (Voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 412-413.) Le juge McIntyre n'a pas interprété la liberté d'association comme protégeant des droits tels que celui de faire la grève. Dans cette affaire, notre Cour a examiné la constitutionnalité d'une loi albertaine interdisant la grève de la part de certains fonctionnaires et imposant une forme d'arbitrage obligatoire. Au nom de la majorité, le juge McIntyre a conclu que la *Charte* ne conférerait aucune protection constitutionnelle au droit de faire la grève. Cette conclusion a été renforcée par ce que le juge McIntyre a qualifié de considérations de saine gestion de questions de politique sociale. Des interventions constantes de la part des tribunaux risquaient de paralyser ou de déranger un environnement social évolutif. Elles pouvaient même nuire à l'adaptation du régime législatif, surtout au début de l'évolution de la *Charte*. (Voir le juge McIntyre,

Charter protection to the collective bargaining process, more particularly in the case of strikes, would make judges arbiters of complex problems about which they had no particular knowledge (at pp. 419-20):

A further problem will arise from constitutionalizing the right to strike. In every case where a strike occurs and relief is sought in the courts, the question of the application of s. 1 of the *Charter* may be raised to determine whether some attempt to control the right may be permitted. This has occurred in the case at bar. The section 1 inquiry involves the reconsideration by a court of the balance struck by the Legislature in the development of labour policy. The Court is called upon to determine, as a matter of constitutional law, which government services are essential and whether the alternative of arbitration is adequate compensation for the loss of a right to strike. In the *PSAC* case, the Court must decide whether mere postponement of collective bargaining is a reasonable limit, given the Government's substantial interest in reducing inflation and the growth in government expenses. In the *Dairy Workers* case, the Court is asked to decide whether the harm caused to dairy farmers through a closure of the dairies is of sufficient importance to justify prohibiting strike action and lockouts. None of these issues is amenable to principled resolution. There are no clearly correct answers to these questions. They are of a nature peculiarly apposite to the functions of the Legislature. However, if the right to strike is found in the *Charter*, it will be the courts which time and time again will have to resolve these questions, relying only on the evidence and arguments presented by the parties, despite the social implications of each decision. This is a legislative function into which the courts should not intrude. It has been said that the courts, because of the *Charter*, will have to enter the legislative sphere. Where rights are specifically guaranteed in the *Charter*, this may on occasion be true. But where no specific right is found in the *Charter* and the only support for its constitutional guarantee is an implication, the courts should refrain from intrusion into the field of legislation. That is the function of the freely-elected Legislatures and Parliament.

In the end, in 1987, in three different labour law cases, a majority of the Supreme Court refused to read in constitutional protection for aspects of union

p. 415.) Le fait d'étendre la protection de la *Charte* au processus de négociation collective, plus particulièrement dans le cas des grèves, aurait transformé les juges en arbitres, appelés à statuer sur des problèmes complexes au sujet desquels ils ne possédaient aucune connaissance particulière (aux p. 419-420) :

Un autre problème se posera si le droit de grève est constitutionnalisé. Chaque fois qu'une grève se produit et qu'on s'adresse aux tribunaux, la question de l'application de l'article premier de la *Charte* peut être soulevée pour savoir s'il peut être permis de tenter jusqu'à un certain point de contrôler l'exercice de ce droit. C'est ce qui s'est produit en l'espèce. Une analyse en vertu de l'article premier comporte le réexamen par une cour de l'équilibre établi par le législateur lors de l'élaboration de sa politique ouvrière. On demande à la Cour de déterminer, selon le droit constitutionnel, quels services gouvernementaux sont essentiels et si la solution de l'arbitrage compense adéquatement la perte du droit de grève. Dans l'affaire *AFPC*, la Cour doit décider si le simple report de la négociation collective constitue une limite raisonnable, compte tenu de l'intérêt substantiel du gouvernement à juguler l'inflation et la croissance de ses dépenses. Dans l'affaire des *Travailleurs de l'industrie laitière*, on demande à la Cour de déterminer si le préjudice causé aux producteurs laitiers par la fermeture des usines laitières est suffisamment important pour justifier l'interdiction des grèves et des lock-out. Aucune de ces questions ne peut faire l'objet d'une solution fondée sur des principes. Il n'y a pas de réponse qui soit manifestement exacte à ces questions. Elles sont d'une nature particulièrement appropriée aux fonctions qu'exerce le législateur. Mais si le droit de grève se trouvait dans la *Charte*, il appartiendrait aux tribunaux de les résoudre à chaque fois, en ne se fondant que sur les preuves et les arguments offerts par les parties, en dépit des répercussions sociales de chaque décision. C'est là une fonction du législateur dans laquelle les tribunaux devraient éviter de s'ingérer. On a dit que les tribunaux, en raison de la *Charte*, devront s'engager dans le domaine législatif. Lorsque des droits sont expressément garantis par la *Charte*, il peut arriver que cela soit vrai. Mais lorsqu'aucun droit spécifique ne se trouve dans la *Charte* et que le seul fondement de sa garantie constitutionnelle est implicite, les tribunaux devraient s'abstenir d'intervenir dans le domaine législatif. C'est là le rôle des assemblées législatives et du Parlement librement élus.

En fin de compte, la majorité de la Cour suprême a refusé en 1987 dans trois différentes affaires en droit du travail d'interpréter l'al. 2d) de

activity under s. 2(d) of the *Charter*. Thus, in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, the Court upheld legislation removing the right to strike in the Alberta public service. In *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, the Court held that a law which extended the terms and conditions of collective agreements and precluded collective bargaining on some working conditions did not infringe the guarantee of freedom of association. In the third case, *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460, the Court dismissed a constitutional challenge to the validity of a law imposing a temporary ban on strikes and lockouts in the Saskatchewan dairy industry.

160

Another example of this Court's non-intervention policy is found in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, *supra*. A legislative requirement that an employee association could only represent government employees and engage in collective bargaining if it is incorporated by statute was not found to infringe the *Charter*, even though the decision to grant the incorporation and, as a corollary, the right to bargain, was left to the discretion of the legislature. Such restrictions on collective bargaining rights did not engage the constitutional guarantee of freedom of association, even though the law granted a monopoly of collective bargaining rights to another union. Again, in 1994, the Court dismissed a union challenge to back-to-work legislation in Canadian harbours, for the reasons given by the majority in the trilogy of 1987 (*International Longshoremen's and Warehousemen's Union — Canada Area Local 500 v. Canada*, [1994] 1 S.C.R. 150).

161

As stated above, in the more recent case of *Delisle*, this Court remained faithful to its policy choice. Relying on earlier cases on labour law, it upheld the validity of the provisions of federal laws that excluded RCMP members from the application of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C.

la *Charte* comme comportant une protection constitutionnelle pour certains aspects de l'activité syndicale. Ainsi, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, notre Cour a confirmé une loi retirant le droit de grève dans la fonction publique albertaine. Dans l'arrêt *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, notre Cour a conclu qu'une loi qui étendait les modalités de conventions collectives et qui interdisait la négociation collective sur certaines conditions de travail ne portait pas atteinte à la garantie de liberté d'association. Dans le troisième arrêt, *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, notre Cour a rejeté une contestation de la constitutionnalité d'une loi imposant une interdiction temporaire de grève et de lock-out dans l'industrie laitière de la Saskatchewan.

On peut trouver dans *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, précité, un autre exemple du principe de non-intervention de notre Cour. Selon cet arrêt, le fait que la loi prévoyait qu'une association d'employés ne pouvait représenter les fonctionnaires et entreprendre une négociation que si elle était légalement constituée en personne morale ne portait pas atteinte à la *Charte*, même si la décision d'autoriser la formation de cette personne morale et, de ce fait, d'accorder le droit de négocier, relevait du pouvoir discrétionnaire de la législature. Ces restrictions aux droits de négociation collective ne mettaient pas en cause la garantie constitutionnelle de liberté d'association, même si la loi conférait ainsi le monopole des droits de négociation collective à un autre syndicat. Encore une fois, notre Cour a rejeté en 1994 la contestation faite par un syndicat d'une loi prescrivant le retour au travail dans les ports canadiens pour les motifs prononcés par les juges majoritaires dans la trilogie de 1987 (*Syndicat international des débardeurs et magasiniers — Canada, section locale 500 c. Canada*, [1994] 1 R.C.S. 150).

Comme je l'ai indiqué précédemment, notre Cour est demeurée fidèle à son choix de principe dans l'arrêt plus récent *Delisle*. Se fondant sur des arrêts antérieurs en matière de droit du travail, elle a confirmé la validité des dispositions de lois fédérales qui soustrayaient les membres de la GRC à

1985, c. P-35. In this manner, the Supreme Court left the field of labour relations entirely to the political process, Parliament and provincial legislatures.

At the same time, the jurisprudence of this Court has never held that labour laws are immune to *Charter* review. It did not find that s. 2(d) or other provisions of the *Charter* will never require that a law concerning labour relations be declared invalid or subject to some other form of remedy. Nonetheless, this Court has always maintained an attitude of reserve towards constitutional interventions in labour relations. The practical result of this hands-off policy has been to remove, until now, any *Charter* protection from the bargaining procedures and rights that have largely defined the role of unions for more than half a century in Canada. In respect of those rights, the *Charter* has remained a neutral force. This approach has attracted expressions of disappointment and criticisms from some quarters (see, for example, M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada* (1994), at pp. 269 *et seq.*; A. C. Hutchinson, *Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights* (1995)).

F. *The Charter as a Negative Factor*

The case at bar offers the possibility for an evolution in the relationship between the *Charter* and labour law. As has been seen above, the present case involves an attack on some forms of union security clauses. Under many shapes and forms, such arrangements often provide for an obligation to obtain or maintain union membership in order to retain or obtain employment. They may also address the financing of union activities. They may combine provisions relating to the checking off of union dues with others concerning the maintenance of union membership. A well-known and common form of union security, the Rand formula, which was discussed in the *Lavigne* case, has even become a standard part of the labour laws of some provinces, for example, under the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 47. Under this

l'application de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-35. Ainsi, la Cour suprême a entièrement laissé le domaine des relations du travail au processus politique, au Parlement et aux législatures provinciales.

Par ailleurs, les arrêts de notre Cour n'ont jamais conclu que les lois du travail se trouvaient à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte*. Ils n'affirment pas que l'al. 2d) ou les autres dispositions de la *Charte* n'exigeront jamais qu'une loi sur les relations du travail soit déclarée invalide ou qu'elle fasse l'objet d'une autre forme de réparation. Néanmoins, notre Cour a toujours fait preuve de retenue quant aux interventions constitutionnelles en matière de relations du travail. Cette attitude non-interventionniste a eu comme résultat concret que les mécanismes de négociation et les droits qui ont largement défini le rôle des syndicats pendant plus d'un demi-siècle au Canada n'étaient plus, jusqu'à maintenant, protégés par la *Charte*. Celle-ci est restée une force neutre en ce qui concerne ces droits. Certains ont exprimé leur mécontentement et des critiques à l'égard de cette attitude (voir, par exemple, M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada* (1994), p. 269 *et suiv.*; A. C. Hutchinson, *Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights* (1995)).

F. *La Charte en tant que facteur négatif*

Il se peut qu'à la suite de la présente affaire, la relation entre la *Charte* et le droit du travail évolue. Comme on l'a vu précédemment, il s'agit en l'espèce de la contestation de certains types de clauses de sécurité syndicale. Prenant de nombreuses formes, de telles dispositions prévoient souvent l'obligation de devenir ou de rester membre d'un syndicat pour conserver ou obtenir un emploi. Elles peuvent également porter sur le financement des activités syndicales. Il arrive qu'elles combinent des dispositions sur la retenue syndicale avec d'autres sur le maintien de l'appartenance syndicale. La formule Rand, qui est une forme de sécurité syndicale bien connue et courante et qu'analyse l'arrêt *Lavigne*, fait même partie intégrante des lois du travail de certaines provinces, comme par exemple l'art. 47 du *Code du*

formula, union dues are withheld from the pay of an employee, whether or not he or she belongs to the union. (For an overview of those clauses, see R. P. Gagnon, L. LeBel and P. Verge, *Droit du travail* (2nd ed. 1991), at pp. 529-30.)

164 Union security clauses are usually found in collective agreements negotiated under the general labour relations laws like the Quebec *Labour Code*. These laws authorize the inclusion of security clauses into negotiated labour contracts, but do not usually mandate them. The labour legislation may provide expressly for the application of the Rand formula, or some other clause, as a fallback provision, when a labour agreement remains silent on the matter.

165 In the present appeal, the provision in dispute amounts to a form of union shop, which requires that all construction workers form a union and remain members of it, mandated by the law itself. It also provides for the check off of union dues and their payment to the representative association. The constitutional challenge by the appellants attempts to use the *Charter* to limit those union rights. Seen from a union perspective, if this challenge succeeds, the *Charter* would become a negative force, in the search for a proper balance in the collective bargaining process. As of now, the jurisprudence of this Court does not grant unions protection for traditional collective bargaining rights and procedures under the *Charter*, when legislatures have refrained from doing so or have restricted them. A finding that the impugned union security arrangement is unconstitutional would undermine a form of legislatively granted protection of union rights. A successful challenge to the form of union security scheme involved in this case might weaken the unions' ability to maintain their membership and preserve their financial base. In the long run, it could affect the balance of power within the economy or the political arena, because of its impact on the ability of unions to use effectively the mechanism of collective agreements and to participate in a meaningful

travail du Québec, L.R.Q., ch. C-27, art. 47. Selon cette formule, les cotisations syndicales sont retenues sur la paie d'un salarié, qu'il soit ou non membre du syndicat. (Pour un aperçu de ces clauses, voir R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail* (2^e éd. 1991), p. 529-530.)

Les clauses de sécurité syndicale se trouvent habituellement dans les conventions collectives négociées sous le régime des lois-cadres sur les relations du travail comme le *Code du travail* du Québec. Ces lois-cadres autorisent l'inclusion de clauses de sécurité dans les contrats de travail négociés, mais ne les rendent habituellement pas obligatoires. La législation du travail peut prévoir expressément l'application de la formule Rand ou celle d'une autre clause à titre de disposition supplétive lorsqu'une convention collective demeure silencieuse sur la question.

Dans le présent pourvoi, la disposition en litige équivaut à une forme d'atelier syndical, qui exige que tous les travailleurs de la construction adhèrent à un syndicat et en restent membres et que la loi elle-même rend obligatoire. Elle prévoit également la retenue syndicale et la remise des sommes ainsi retenues à l'association représentative. Par leur contestation constitutionnelle, les appelants tentent d'utiliser la *Charte* pour restreindre ces droits syndicaux. D'un point de vue syndical, si cette contestation est accueillie, la *Charte* deviendra une force négative dans la recherche d'un juste équilibre dans le mécanisme de négociation collective. Actuellement, la jurisprudence de notre Cour ne confère pas aux syndicats la protection des droits et processus de négociation collective traditionnels en vertu de la *Charte* lorsque le législateur s'est abstenu de le faire ou qu'il les a restreints. La conclusion que les dispositions de sécurité syndicale contestées sont inconstitutionnelles minerait une forme de protection des droits syndicaux garantie par la loi. Si elle est accueillie, la contestation de la forme du régime de sécurité syndicale en cause en l'espèce risquerait d'affaiblir la capacité des syndicats de conserver leurs membres et de préserver leur assise financière. À long terme, ce résultat pourrait modifier l'équilibre des pouvoirs au sein de l'économie ou sur la scène politique, en raison de ses répercussions sur

way in the debates on the direction of Canadian society.

G. *Freedom of Association — Its Sources*

These policy considerations do not allow courts to escape the debate on the meaning to be given to the guarantee of freedom of association. The jurisprudence of the Court in the field of labour relations, as well as other judgments rendered in different areas of the law, like election financing or the marketing of agricultural products, has devoted considerable attention to the content of the constitutional guarantee of freedom of association.

One approach to the constitutional protection of civil liberties views the *Charter* as essentially designed to protect individual rights. The courts, using the power entrusted to them as upholders of the rights of the person, stand as the defenders of individuals in relation to the state. As s. 32 of the *Charter* circumscribes the application of the *Charter* to state action, it appears that the *Charter* seeks to regulate and constrain state action and power in relation to individuals. Indeed, absent state action, the *Charter* does not apply directly, as the Court held in one of the early cases on the application of the *Charter* (see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573).

Nevertheless, the communitarian components of the Canadian Constitution are often overlooked. Section 15 equality rights are concerned not only with the position of individuals, but also with the situation of groups in society. (See *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at paras. 42 and 63.) The Constitution protects education rights specific to denominational minorities. (See *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at p. 530 (per Gonthier J.)) Language rights under s. 23 of the *Charter* benefit both individuals and groups linked together by the use of a language and a will to preserve it and develop its use. (See *Arsenault-Cameron v. Prince*

la capacité des syndicats d'utiliser efficacement le mécanisme des conventions collectives et de participer de façon significative aux débats sur l'orientation de la société canadienne.

G. *Liberté d'association — Ses sources*

Ces considérations de principe ne permettent pas aux tribunaux d'échapper au débat sur la signification à donner à la garantie de liberté d'association. Dans les arrêts de notre Cour, dans le domaine des relations du travail, ainsi que dans différents domaines du droit, comme le financement électoral et la commercialisation des produits agricoles, le problème du contenu de la garantie constitutionnelle de liberté d'association occupe une place considérable.

Selon une conception de la protection constitutionnelle des libertés civiles, la *Charte* vise essentiellement à protéger les droits individuels. Les tribunaux, utilisant les pouvoirs qui leur sont conférés à titre de garants des droits de la personne, sont les défenseurs des individus par rapport à l'État. Puisque l'art. 32 de la *Charte* circonscrit l'application de celle-ci à l'action de l'État, la *Charte* vise alors à réglementer et à restreindre l'action et le pouvoir de l'État relativement aux individus. D'ailleurs, en l'absence d'action de la part de l'État, la *Charte* ne s'applique pas directement, comme notre Cour l'a conclu dans l'un de ses premiers arrêts sur l'application de la *Charte* (voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573).

Néanmoins, les aspects communautaires de la Constitution canadienne sont souvent oubliés. Les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 portent non seulement sur la situation des individus, mais également sur celle des groupes dans la société. (Voir *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 42 et 63.) La Constitution protège les droits à l'éducation propres aux minorités confessionnelles. (Voir *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, p. 530 (le juge Gonthier).) Les droits linguistiques garantis par l'art. 23 de la *Charte* bénéficient aux individus et aux groupes liés par l'usage d'une langue et la volonté de la

166

167

168

Edward Island, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342.)

169

The acknowledgement of the rights of the First Nations under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* remains one of the clearest expressions of the communitarian strand in the Canadian Constitution. Native rights will inure to the benefit of the members of a particular community. (See, for example, *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101.)

170

The guarantee of freedom of association stands in a special place within the Canadian Constitution. It concerns not only the relationship between the state and the citizens, but also those relationships that arise from the interaction between the persons themselves. Our Court has defined the right of association primarily as an instrument of self-fulfilment and realization of the individual, but it has never forgotten that the act of association brings together, for some common purpose, a group of human beings, giving birth to a new relationship between themselves. This act of bonding expresses the societal element in the life of mankind. In the *Lavigne* case, Wilson J. summed up her understanding of the purpose of the constitutional guarantee in this manner: “Thus, in construing the purpose behind s. 2(d) this Court was unanimous in finding that freedom of association is meant to protect the collective pursuit of common goals” (p. 252; see also p. 253). She stated a view of the nature of the right of association which has been shared and upheld by judgments of the Court since it started discussing the application of s. 2(d). These judgments emphasize the fundamental societal value of freedom of association. It allows people to bind together in various ways for the most diverse purposes. In a democratic state, it becomes an essential form of action and expression which informs the entire life of the community (*Delisle, supra*, at para. 62, *per* Cory and Iacobucci JJ.):

préservé et d’en étendre l’utilisation. (Voir *Arse-nault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.)

La reconnaissance des droits des Premières Nations par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* demeure l’une des manifestations les plus claires de l’aspect communautaire de la Constitution canadienne. Les droits des Autochtones s’appliquent au profit des membres d’une communauté particulière. (Voir, par ex., *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.)

La garantie de liberté d’association occupe une place spéciale dans la Constitution canadienne. Elle porte non seulement sur les rapports entre l’État et les citoyens, mais également sur les relations découlant de l’interaction entre les personnes elles-mêmes. Notre Cour définit le droit d’association comme étant essentiellement un outil d’accomplissement personnel et de réalisation de l’individu, mais elle n’oublie jamais que l’acte d’association rassemble, dans un but commun, un groupe d’êtres humains, ce qui donne naissance à une nouvelle relation entre eux. Cette création de liens exprime l’élément sociétal de la vie de l’humanité. Dans l’arrêt *Lavigne*, Madame le juge Wilson résume ainsi la façon dont elle comprend la garantie constitutionnelle : « Ainsi, notre Cour, en interprétant l’objectif qui sous-tend l’al. 2d), a conclu unanimement que la liberté d’association vise à protéger la poursuite collective d’objectifs communs » (p. 252; voir aussi p. 253). Elle a énoncé une vision de la nature du droit d’association que partagent et confirment les arrêts rendus par notre Cour depuis qu’elle a commencé à analyser l’application de l’al. 2d). Ces arrêts mettent en évidence la valeur sociétale fondamentale de la liberté d’association. Celle-ci permet aux individus de se lier les uns aux autres de diverses manières aux fins les plus diverses. Dans un État démocratique, elle devient une forme essentielle d’action et d’expression qui imprègne l’ensemble de la vie de la collectivité (*Delisle, précité*, par. 62, les juges Cory et Iacobucci) :

The human animal is inherently sociable. People bind together in a myriad of ways, whether it be in a family, a nation, a religious organization, a hockey team, a service club, a political party, a ratepayers association, a tenants organization, a partnership, a corporation, or a trade union. By combining together, people seek to improve every aspect of their lives. Through membership in a religious group, for example, they seek to fulfill their spiritual aspirations; through a community organization they seek to provide better facilities for their neighbourhood; through membership in a union they seek to improve their working conditions. The ability to choose their organizations is of critical importance to all people. It is the organizations which an individual chooses to join that to some extent define that individual.

The affirmation by the Canadian Constitution of a right of association confirms the importance ascribed to the societal phenomenon of association within Canadian society. In this respect, the Constitution of Canada differs from the American Constitution. In the absence of any formal affirmation of the right of association, American constitutional law has had to develop the concept of freedom of association under the First Amendment as a derivative of freedom of speech and belief. (See *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, at p. 345, *per* Dickson C.J.)

The Canadian Constitution has instead followed the pattern of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221. This international instrument has expressly recognized the existence of the right of association. Its art. 11 states this guarantee as follows:

(1) Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

(2) No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others.

L'être humain est fondamentalement sociable. Les gens établissent des liens entre eux d'une multitude de façons, que ce soit sous forme d'une famille, d'une nation, d'un organisme religieux, d'une équipe de hockey, d'un club philanthropique, d'un parti politique, d'une association de contribuables, d'une association de locataires, d'un partenariat, d'une entité juridique ou d'un syndicat. En s'associant, les gens tentent d'améliorer chaque aspect de leur vie. En appartenant à un groupe religieux, par exemple, ils cherchent à répondre à leurs aspirations spirituelles; en appartenant à un organisme communautaire, ils essaient de procurer de meilleures installations à leur voisinage; en adhérant à un syndicat, ils cherchent à améliorer leurs conditions de travail. La capacité de choisir de faire partie d'une organisation revêt une importance cruciale pour tous. Ce sont les organisations auxquelles une personne choisit d'adhérer qui, dans une certaine mesure, définissent cette personne.

L'affirmation par la Constitution canadienne de l'existence d'un droit d'association confirme l'importance attribuée au phénomène sociétal de l'association dans de la société canadienne. À cet égard, la Constitution du Canada diffère de celle des États-Unis. En l'absence d'affirmation formelle du droit d'association, le droit constitutionnel américain a dû élaborer la notion de liberté d'association par l'intermédiaire du Premier amendement, en tant que dérivé de la liberté d'expression et de croyance. (Voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, p. 345, le juge en chef Dickson.)

La Constitution canadienne suit plutôt le modèle de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221. Ce texte juridique international reconnaît expressément l'existence du droit d'association. Son article 11 énonce ainsi cette garantie :

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à

171

172

This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.

173 The Constitution acknowledges a right to association, but all forms of associations do not arise from the pure exercise of human freedom. As La Forest J. pointed out in the *Lavigne* case, a number of these associations are not entirely voluntary. Some relations are rooted in the nature of things, like the family. Others, like citizenship, arise from the inescapable constraints of social life in modern society. (See La Forest J. in *Lavigne*, *supra*, at p. 321.)

174 In the case at bar, this Court faces a problem of compelled association. The act of forming trade unions, through the implementation of security clauses, may become, at least in respect of some of its members, a form of compulsory association. Moreover, in this appeal, we must assess the constitutional validity of a variety of mandatory unionism. Is that form of compelled association an infringement of the guarantee of freedom of association? I will examine first the jurisprudence of the Court on the nature of this guarantee. This analysis will then focus more closely on the constitutional validity of the particular form of union security at stake in the present case.

H. *The Individual Nature of Association*

175 This Court has adopted the view that, although the right of association represents a social phenomenon involving the linking together of a number of persons, it belongs first to the individual. It fosters one's self-fulfilment by allowing one to develop one's qualities as a social being. The act of engaging in legal activities, in conjunction with others, receives constitutional protection. The focus of the analysis remains on the individual, not on the group. In spite of the strong dissent of Dickson C.J. in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, the interpretative approach suggested then by McIntyre J. has prevailed.

la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État.

La Constitution reconnaît un droit d'association, mais les formes d'associations ne découlent pas toutes du pur exercice de la liberté humaine. Comme le juge La Forest le souligne dans *Lavigne*, bon nombre de ces associations ne sont pas entièrement volontaires. Certaines relations sont dues à la nature des choses, comme la famille. D'autres, comme la citoyenneté, découlent des contraintes inévitables de la vie sociale dans la société moderne. (Voir le juge La Forest dans *Lavigne*, précité, p. 321.)

En l'espèce, notre Cour fait face à un problème d'association forcée. L'acte de former des syndicats, par la mise en œuvre de clauses de sécurité, peut devenir, du moins pour certains de leurs membres, une forme d'association forcée. De plus, dans le pourvoi, nous devons évaluer la constitutionnalité de diverses formes de syndicalisme obligatoire. Cette forme d'association forcée constitue-t-elle une atteinte à la garantie de liberté d'association? J'examine d'abord la jurisprudence de notre Cour sur la nature de cette garantie. Cette analyse se concentre ensuite davantage sur la question de la constitutionnalité de la forme particulière de sécurité syndicale en cause dans la présente affaire.

H. *La nature individuelle de l'association*

Notre Cour est d'avis que, même si le droit d'association représente un phénomène social qui crée un lien entre des personnes, il revient d'abord à l'individu. Ce droit favorise l'accomplissement de soi en permettant à la personne de développer ses qualités en tant qu'être sociable. Le fait de se livrer à des activités légales avec d'autres est protégé par la Constitution. L'analyse est axée sur l'individu, non sur le groupe. Malgré la forte dissidence du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, la méthode d'interprétation avancée à l'époque par le juge McIntyre a prévalu.

In that case, McIntyre J. began his analysis with an inquiry into the purposes or value of freedom of association. In his opinion, freedom of association, viewed as a societal value, recognized that the attainment of individual goals through the exercise of personal rights might often prove impossible without the cooperation of others. Therefore, at its roots, the right of association belongs to the individual as a personal act. It does not become the property of the group formed through its exercise. As a consequence, such a group does not enjoy more extensive constitutional rights and freedoms than its members already hold.

In his reasons, McIntyre J. discussed several possible definitions of freedom of association. He identified half a dozen different approaches to defining this constitutional right. In the first one, freedom of association would be limited to the pure right to associate with others, but would not grant any protection to the objects or actions of the group. A second definition would focus on constitutional rights. It would safeguard the collective exercise of activities which are constitutionally protected on an individual basis. A third interpretation would guarantee the right to do collectively what an individual may lawfully do alone. Conversely, individuals and organizations would not be constitutionally entitled to engage in activities that would be unlawful on an individual basis. A fourth theory of freedom of association would grant constitutional protection to those collective activities which may be said to be fundamental to the culture and tradition of Canadian society and which, by common assent, deserve protection, like the right to marry, to establish a home and a family, to pursue an education or to gain a livelihood. A fifth and broader interpretation would include all activities which are held essential to the attainment of the lawful goals of an association. The last and most extensive interpretation would grant constitutional protection to all acts done in association, subject only to a limitation justifiable under s. 1 of the *Charter* (pp. 399-402).

176
En l'espèce, le juge McIntyre commence son analyse par l'examen des objets ou de la valeur de la liberté d'association. Selon lui, la liberté d'association, en tant que valeur sociétale, reconnaît que l'atteinte de buts individuels par l'exercice de droits personnels peut souvent se révéler impossible, sans la collaboration des autres. Par sa nature, le droit d'association appartient donc à l'individu, pour qui le fait de s'associer constitue un acte personnel. Ce droit ne devient pas la propriété du groupe formé par son exercice. Ce groupe ne bénéficie donc pas de droits et libertés constitutionnels plus vastes que ceux que détiennent déjà ses membres.

177
Dans ses motifs, le juge McIntyre analyse plusieurs définitions possibles de la liberté d'association. Il énumère une demi-douzaine de conceptions différentes pour définir ce droit constitutionnel. Selon la première conception, la liberté d'association se limite au droit pur de s'associer à autrui mais ne confère aucune protection aux objets et aux actions du groupe. Une deuxième définition est axée sur les droits constitutionnels. Elle sauvegarderait l'exercice collectif d'activités qui sont protégées par la Constitution si elles sont exercées individuellement. Une troisième interprétation garantirait le droit de faire collectivement ce qu'un individu peut légalement faire seul. Par contre, la Constitution ne donnerait pas aux individus et aux organisations le droit de se livrer à des activités qui seraient illégales si elles étaient faites par une seule personne. Une quatrième théorie en matière de liberté d'association accorderait la protection de la Constitution à l'égard des activités collectives qui peuvent être jugées fondamentales pour la culture et les traditions de la société canadienne et qui, d'un commun accord, méritent protection, comme le droit de se marier, de fonder un foyer et une famille, de s'instruire et de gagner sa vie. Une cinquième interprétation, plus large, viserait toutes les activités jugées essentielles à l'atteinte des buts licites d'une association. La dernière interprétation, qui est la plus étendue, accorderait la protection de la Constitution à l'égard de tous les actes faits en association, sous réserve seulement d'une restriction justifiable aux termes de l'article premier de la *Charte* (p. 399-402).

178

McIntyre J. rejected the last two interpretations as being inconsistent with the individual nature of the right of association. In his view, those interpretations mean that collective activities would enjoy a broader constitutional protection than acts done on a purely individual basis. Such theories would also grant a broader constitutional right to members of an association than to non-members (*supra*, at p. 404). McIntyre J. rejected, as well, the first approach as too narrow. In his opinion, freedom of association was concerned, not with the purposes of an association, but rather with the methods used to pursue or attain them (p. 406). He suggested that an interpretation of freedom of association which distinguishes the act of association from the objectives of the association would be more appropriate. Section 2(d) would thus protect the act of getting together with other persons to form an association, but not the purposes of the union. The purpose of the association would become relevant only if it were unlawful. McIntyre J.'s opinion held that the constitutional guarantee should include, at a minimum, the right to establish and carry on lawful and common pursuits in association with others. The constitutional guarantee would further the collective exercise of individual constitutional rights. It would also attach constitutional protection to all the acts of a group, which could be lawfully performed by an individual (at p. 408):

This approach, in my view, is an acceptable interpretation of freedom of association under the *Charter*. . . . this definition of freedom of association does not provide greater constitutional rights for groups than for individuals; it simply ensures that they are treated alike. If the state chooses to prohibit everyone from engaging in an activity and that activity is not protected under the Constitution, freedom of association will not afford any protection to groups engaging in the activity. Freedom of association as an independent right comes into play under this formulation when the state has permitted an individual to engage in an activity and yet forbidden the group from doing so. Moreover, unlike the fourth approach, the inquiry is firmly focussed on the fundamental purpose of freedom of association, namely, to permit the collective pursuit of common goals.

179

On the basis of his definition of the right of association as an instrument of individual

Le juge McIntyre a rejeté les deux dernières interprétations comme étant incompatibles avec la nature individuelle du droit d'association. Selon lui, elles signifient que les activités collectives feraient l'objet d'une plus grande protection constitutionnelle que les actes accomplis à titre purement individuel. Ces théories accorderaient un droit constitutionnel plus étendu aux membres d'une association qu'aux non-membres (précité, p. 404). Le juge McIntyre a également écarté la première conception parce que trop étroite. À son avis, la liberté d'association ne vise pas les fins d'une association, mais plutôt les méthodes utilisées pour les atteindre (p. 406). Selon lui, une interprétation de la liberté d'association qui distingue le fait de s'associer des objectifs de l'association serait plus appropriée. L'alinéa 2d) protégerait donc le fait de s'unir avec d'autres pour former une association, mais non les objets de l'union. L'objet de l'association n'entrerait en ligne de compte que s'il était illégal. Le juge McIntyre a conclu dans ses motifs que la garantie constitutionnelle devait viser, à tout le moins, le droit d'établir et de poursuivre avec d'autres des buts licites communs. Elle favoriserait ainsi l'exercice collectif de droits constitutionnels individuels. Elle offrirait également la protection de la Constitution pour tous les actes d'un groupe qui peuvent être légalement accomplis par un individu (aux p. 408-409) :

Ce point de vue, à mon avis, constitue une interprétation acceptable de la liberté d'association prévue par la *Charte*. [. . .] cette définition de la liberté d'association ne confère pas de droits constitutionnels plus grands aux groupes qu'aux individus; elle ne fait qu'assurer qu'ils sont traités également. Si l'État choisit d'interdire à tous d'exercer une activité quelconque et que cette activité n'est pas protégée par la Constitution, la liberté d'association n'accordera aucune protection aux groupes qui exercent cette activité. La liberté d'association en tant que droit indépendant entre en jeu, en vertu de cette formulation, lorsque l'État a autorisé un individu à exercer cette activité tout en interdisant au groupe de le faire. De plus, contrairement à la quatrième conception, on s'intéresse ici d'abord et avant tout à l'objet fondamental de la liberté d'association, qui est de permettre la poursuite collective d'objectifs communs.

Se fondant sur sa définition du droit d'association en tant qu'outil d'accomplissement personnel,

self-fulfilment, McIntyre J. refused to grant *Charter* protection to now traditional labour practices or institutions like the right to strike or the right to collective bargaining. The constitutional guarantee would not extend to the purpose and objects of the common action. Despite Dickson C.J.'s dissent in the trilogy, as discussed above, the jurisprudence of the Court has remained faithful to this approach. (See *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, *supra*; *Delisle*, *supra*.)

Before turning to other aspects of the guarantee of freedom of association, it should not be forgotten that this interpretation of the constitutional guarantee of individual rights has been applied by the Court in other areas of human activity. In *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, Le Dain J. had already cautioned against an extension of a constitutional protection to collective bargaining rules for the very reason that freedom of association was not limited to the domain of labour relations. If this constitutional guarantee were to apply to the widest range of associations with the most diverse objects and activities, extending constitutional protection to a legislative creation like collective bargaining might have unforeseeable consequences and widen the sphere of constitutional protection to undefined and unknowable activities, well beyond the proper domain of s. 2(d). (See Le Dain J.'s reasons, at p. 391.) As Le Dain J. had foreseen, the jurisprudence of the Court has had the opportunity to consider the nature of the constitutional guarantee in a variety of cases involving different aspects of the human impulse to associate with others.

For example, a minority of the Court would have invoked the guarantee in order to strike down rules adopted by the Alberta Law Society which prohibited lawyers from associating with anyone who was not a practitioner or a resident in Alberta. (See *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at pp. 636-38, *per* McIntyre J.) More unexpectedly, an infringement of the guarantee was

le juge McIntyre a refusé d'accorder la protection de la *Charte* à l'égard des pratiques et institutions syndicales devenues traditionnelles comme le droit de grève et le droit à la négociation collective. La garantie constitutionnelle ne s'étendrait pas aux fins et objets de l'action commune. Malgré la dissidence du juge en chef Dickson dans la trilogie, comme je l'ai mentionné, la jurisprudence de notre Cour est demeurée fidèle à cette conception. (Voir *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, précité; *Delisle*, précité.)

Avant l'examen des autres facettes de la garantie de liberté d'association, il ne faut pas oublier que cette interprétation de la garantie constitutionnelle des droits individuels a été appliquée par notre Cour dans d'autres domaines d'activité humaine. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, le juge Le Dain avait déjà mis en garde contre l'extension de la protection constitutionnelle aux règles de négociation collective pour la raison même que la liberté d'association ne se limitait pas au domaine des relations du travail. Si cette garantie constitutionnelle devait s'appliquer à l'éventail le plus vaste d'associations ayant les objets et les activités les plus variés, le fait d'étendre la protection constitutionnelle à une création du législateur comme la négociation collective pourrait entraîner des conséquences imprévisibles et élargir le domaine de la protection constitutionnelle à des activités non définies et impossibles à connaître, bien au-delà de l'application légitime de l'al. 2d). (Voir les motifs du juge Le Dain, p. 391.) Comme le juge Le Dain l'avait prévu, notre Cour a eu l'occasion dans ses arrêts de déterminer la nature de la garantie constitutionnelle dans diverses affaires concernant cette tendance des êtres humains à chercher à s'associer avec autrui.

Par exemple, les juges minoritaires de notre Cour se sont fondés sur cette garantie pour annuler les règles adoptées par le barreau de l'Alberta qui interdisaient aux avocats de s'associer avec quiconque ne pratiquait pas le droit en Alberta ou n'y résidait pas. (Voir *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, p. 636-638, le juge McIntyre.) De façon plus inattendue, on a invoqué, quoique

raised, albeit unsuccessfully, to challenge s. 195.1 of the *Criminal Code* which prohibited communication for the purpose of prostitution (see *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123). In the area of political activity, s. 2(d) was used in conjunction with s. 2(b) to attack some aspects of the Quebec legislation on the conduct of referendums (*Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 36). Another recent case, which concerns a farm marketing scheme, illustrates the potential scope of the application of the constitutional guarantee of freedom of association. A group of egg producers in the Northwest Territories had challenged the national egg marketing scheme. In their opinion, it violated ss. 6 and 2(d) of the *Charter*. The producers asserted that the farm marketing system prevented them from associating with others in the marketing of eggs, in violation of s. 2(d). A majority of the Court upheld the validity of the scheme and dismissed the constitutional challenge. Rejecting the views expressed by the Court of Appeal for the Northwest Territories as to the applicability of s. 2(d), Iacobucci and Bastarache JJ. discussed again the nature of the constitutional guarantee in their joint reasons. They pointed out that freedom of association protected only the associational aspects of the activities, but not the activity itself. If the activity was to be protected constitutionally, that protection had to be found elsewhere than in s. 2(d). The argument raised by the egg producers would have constitutionalized all commercial relationships under the rubric of association (see *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at para. 109).

sans succès, une atteinte à la garantie pour contester l'art. 195.1 du *Code criminel*, qui interdisait les communications faites dans un dessein de prostitution (voir *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123). Dans le domaine de l'activité politique, on a eu recours à l'al. 2d) conjointement avec l'al. 2b) pour contester certaines parties de la loi québécoise sur le déroulement des référendums (*Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 36). Une autre affaire récente, qui portait sur un régime de commercialisation des produits de la ferme, illustre la portée potentielle de l'application de la garantie constitutionnelle de liberté d'association. Un groupe de producteurs d'œufs des Territoires du Nord-Ouest avait contesté le régime de commercialisation national des œufs. Selon eux, ce régime violait l'art. 6 et l'al. 2d) de la *Charte*. Ils affirmaient qu'il les empêchait, en violation de l'al. 2d), de s'associer avec d'autres pour la commercialisation des œufs. Les juges majoritaires de notre Cour ont confirmé la validité du régime et rejeté la contestation constitutionnelle. Rejetant les opinions de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest sur l'applicabilité de l'al. 2d), les juges Iacobucci et Bastarache ont analysé de nouveau la nature de la garantie constitutionnelle dans leurs motifs conjoints. Ils ont souligné que la liberté d'association protégeait seulement les aspects collectifs de l'activité, mais non pas cette dernière elle-même. S'il fallait qu'elle soit protégée par la Constitution, on devait trouver cette protection ailleurs que dans l'al. 2d). L'argument soulevé par les producteurs d'œufs aurait entraîné la constitutionnalisation de tous les rapports commerciaux sous la rubrique de l'association (voir *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 109).

182

As we have seen, the jurisprudence of this Court on freedom of association has been concerned mainly with attempts to extend the area of constitutional protection to rights and practices not specifically mentioned in the Constitution. The case at bar raises a different problem. The *Charter* is invoked in support of a challenge of a form of union security created by the *Construction Act*. It requires

Comme nous l'avons vu, les arrêts de notre Cour sur la liberté d'association ont porté principalement sur des tentatives d'extension du domaine de protection constitutionnelle à des droits et pratiques non mentionnés expressément dans la Constitution. Le problème diffère en l'espèce. La *Charte* est invoquée à l'appui d'une contestation d'une forme de sécurité syndicale créée par la *Loi sur la*

consideration of the *Lavigne* case where the Court had to deal with a challenge to a form of union security, the Rand formula, which provided for the compulsory payment of union dues by non-members.

I. *The Lavigne Judgment*

In *Lavigne* the appellant Lavigne was a teacher at an Ontario college. He challenged the constitutional validity of the Rand formula included in the collective agreement entered into between the union certified to represent the teachers of the college and his employer. Lavigne chose not to join the union. Under the Rand formula, he was nevertheless required to pay union dues to the union, which used them to support a variety of labour and social causes. Lavigne objected to the withholding of dues from his pay. He argued that the clause forced him to support causes to which he was ideologically opposed and which were not directly related to his employment, and thus infringed his freedom of association under the *Charter*. Lavigne claimed that the right of association included a mirror right of non-association, which was as much a part of the constitutional guarantee as the positive right to enter into an association.

Even though the Court was unanimous in rejecting the constitutional challenge, the case provoked strong disagreements. Four different sets of reasons were written. The disagreements in the reasons concerned mainly the existence of a negative right not to associate. (See, for example, B. Etherington, "*Lavigne v. OPSEU: Moving Toward or Away From a Freedom to Not Associate?*" (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 533, at p. 547.)

Lavigne had brought a narrow point before the Court. He conceded that the compelled payment of union dues, under the Rand formula, while still a breach of his freedom of association, would nevertheless be a reasonable limit on his right under s. 1 inasmuch as his dues were used for collective bargaining activity only. On the other hand, the withholding of dues for other purposes would not be justified under s. 1. In the end, Lavigne's challenge to the Rand formula failed. Nevertheless, the members of the Court took different roads to reach this

construction. Il faut alors examiner l'affaire *Lavigne*, dans laquelle notre Cour a dû se pencher sur la contestation d'une forme de sécurité syndicale, la formule Rand, qui prévoit le versement obligatoire de cotisations syndicales par les non-membres.

I. *L'arrêt Lavigne*

Dans *Lavigne*, l'appelant Lavigne enseignait dans un collège de l'Ontario. Il contesta la constitutionnalité de la formule Rand insérée dans la convention collective conclue par le syndicat accrédité pour représenter les professeurs du collège et par son employeur. Lavigne choisit de ne pas se syndiquer. Pourtant, en vertu de la formule Rand, il était tenu de verser des cotisations au syndicat, qui les utilise pour appuyer diverses causes syndicales et sociales. Il s'opposa au prélèvement des cotisations sur son salaire. Il prétendit que la clause l'oblige à appuyer des causes auxquelles il est idéologiquement opposé et qui ne sont pas directement liées à son emploi, de sorte qu'elle porte atteinte à la liberté d'association que lui garantit la *Charte*. Selon Lavigne, le droit d'association comportait le droit corrélatif de non-association, qui fait autant partie de la garantie constitutionnelle que le droit positif d'adhérer à une association.

Même si notre Cour a rejeté la contestation constitutionnelle à l'unanimité, l'affaire a provoqué de profonds désaccords et a donné lieu à quatre ensembles de motifs différents. Les désaccords entre ceux-ci portent principalement sur l'existence du droit négatif de ne pas s'associer. (Voir, par exemple, B. Etherington, « *Lavigne v. OPSEU: Moving Toward or Away From a Freedom to Not Associate?* » (1991), 23 *R.D. Ottawa* 533, p. 547.)

Lavigne avait saisi notre Cour d'une question de portée limitée. Il avait admis que, même si le versement forcé de cotisations syndicales selon la formule Rand portait atteinte à sa liberté d'association, celle-ci constituait une limite raisonnable à ses droits aux termes de l'article premier, dans la mesure où ses cotisations servaient seulement à la négociation collective. Par contre, le prélèvement de cotisations à d'autres fins ne serait pas justifié aux termes de l'article premier. En fin de compte, la contestation de la formule Rand par Lavigne a

183

184

185

result. More particularly, they split on the question of whether the *Charter's* s. 2(d) protection incorporated a negative component, a right not to associate.

186

Writing on this point for three members of the Court, Wilson J. held that freedom of association should be viewed only as a positive freedom. The recognition of a freedom not to associate would negate the nature and purpose of s. 2(d). Quoting from Sopinka J.'s reasons in the *Northwest Territories* case, she viewed s. 2(d) as a positive measure designed to foster the creation and life of associations. On the other hand, Wilson J. agreed with earlier labour cases that s. 2(d) offered no protection to the objectives of the association, despite their fundamental importance to the life of the group. Section 2(d) would protect the collective exercise of individual rights protected by the Constitution. It would also safeguard the collective exercise of other legitimate individual activities.

187

Wilson J. rejected the view that any positive right was mirrored by a corresponding negative right. She found this concept contrary to the very purpose of freedom of association and thought it would also engage courts in a very delicate, if not impossible, exercise of balancing between the conflicting positive and negative freedoms. Wilson J. also feared a trivialization of the *Charter* guarantee. She noted that, unavoidably, human beings in society become members of associations or groups they did not elect to join, be they the state or the family. Wilson J. denied that the mere fact of compelled participation would cause any prejudice attracting *Charter* review. If an association by its activities breached, for example, some other right like freedom of opinion, the *Charter* itself would grant sufficient protection to the complainant, but would not require the express acknowledgment of a right not to associate.

188

This negative right would also be inconsistent with the jurisprudence of the Court, which, in the

été rejetée. Néanmoins, les juges de notre Cour sont parvenus à cette décision par des voies différentes. Plus particulièrement, ils se sont divisés sur la question de savoir si la protection de l'al. 2d) de la *Charte* comportait une composante négative, soit le droit de ne pas s'associer.

S'exprimant sur cette question au nom de trois membres de la Cour, Madame le juge Wilson a conclu que la liberté d'association doit être considérée seulement comme une liberté positive. La reconnaissance de la liberté de ne pas s'associer nierait la nature et l'objet de l'al. 2d). Citant les motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *Territoires du Nord-Ouest*, elle considère que l'al. 2d) constitue une mesure positive destinée à favoriser la création et la vie des associations. D'autre part, le juge Wilson a approuvé les arrêts antérieurs en matière de droit du travail, selon lesquels l'al. 2d) n'offre aucune protection pour les objectifs de l'association malgré leur importance pour la vie du groupe. L'alinéa 2d) protège l'exercice collectif des droits individuels garantis par la Constitution. Cette disposition sauvegarde également l'exercice collectif d'autres activités individuelles légitimes.

Le juge Wilson a rejeté l'opinion que tout droit positif reflète un droit négatif. À son avis, le recours à cette notion incompatible avec l'objet même de la liberté d'association mettrait les tribunaux dans la situation très délicate, voire même impossible, d'avoir à concilier des libertés positives et négatives contradictoires. Le juge Wilson craignait aussi la banalisation de la garantie de la *Charte*. Elle a souligné qu'inévitablement, les êtres humains vivant en société deviennent membres d'associations ou de groupes auxquels ils n'ont pas choisi d'adhérer, que ce soit l'État ou la famille. Elle nie que la simple participation forcée cause un préjudice méritant un examen fondé sur la *Charte*. Si, par ses activités, une association violait un autre droit comme la liberté d'opinion, la *Charte* elle-même accorderait une protection suffisante au plaignant, sans nécessité que le droit de ne pas s'associer soit expressément reconnu.

Ce droit négatif serait également incompatible avec la jurisprudence de notre Cour, qui, dans la

labour trilogy, had disagreed with the granting of any constitutional protection to the purposes and objectives of an association. These purposes should remain irrelevant when assessing the application of any negative right of association. The compulsory withholding of union dues should thus fall outside the scope of the *Charter*.

A majority of the Court took a different view. Although McLachlin J. (as she then was) writing for herself, and La Forest J., who wrote for three members of the Court, did not agree on the scope of the right not to associate, they both were of the opinion that such a right not to associate existed as a necessary component of the guarantee of freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*.

La Forest J. held that the Rand formula infringed s. 2(d), but was justified as a reasonable limit under s. 1. He adopted a broad definition of the right not to associate. It is founded on the premise that, although designed to allow people to join with others, freedom of association constitutes a natural right granted to every person, but also an individual right. As such, its purpose remains the self-realization of individuals through the creation of relationships with others. In La Forest J.'s view, some aspects of individual self-realization and fulfilment might never be attainable without the cooperation and association of others. (See *Lavigne*, *supra*, p. 317, *per* La Forest J.; also *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, at p. 395, *per* McIntyre J.)

This characterization of the right of association means that it protects the person, but not the group or its activities. Given the individual nature of the right, forced association may jeopardize the potential for self-realization which grounds the constitutional guarantee. A negative freedom to refuse to associate would then appear as a necessary component of the constitutional right to safeguard the autonomy of choice indispensable to individual self-realization.

La Forest J. ascribed this broad content to the negative guarantee, in order to safeguard the

trilogie en droit du travail, refuse d'accorder toute protection constitutionnelle à l'égard des objets et objectifs d'une association, dont il ne faudrait pas tenir compte pour l'évaluation de tout droit négatif d'association. La portée de la *Charte* ne devrait donc pas s'étendre au prélèvement obligatoire de cotisations syndicales.

Les juges majoritaires de notre Cour ont adopté une opinion différente. Même si le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), parlant en son propre nom, et le juge La Forest, qui s'est exprimé au nom de trois juges de notre Cour, ne s'entendaient pas sur la portée du droit de ne pas s'associer, ils étaient tous deux d'avis que ce droit constituait une composante nécessaire de la garantie de liberté d'association visée par l'al. 2d) de la *Charte*.

Le juge La Forest a conclu que la formule Rand portait atteinte à l'al. 2d), mais qu'elle était justifiée en tant que limite raisonnable aux termes de l'article premier. Il a adopté une interprétation large du droit de non-association : même si la liberté d'association vise à permettre aux gens de se joindre à d'autres, elle constitue un droit naturel conféré à chaque personne, mais également un droit individuel. À ce titre, son but demeure l'accomplissement personnel par la création de relations avec les autres. D'après le juge La Forest, certains aspects de cet accomplissement personnel demeureraient à jamais irréalisables sans la collaboration des autres et sans l'association avec eux. (Voir *Lavigne*, précité, p. 317, le juge La Forest, et le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, p. 395, le juge McIntyre.)

Cette qualification du droit d'association signifie qu'il protège la personne, mais non le groupe ou ses activités. Compte tenu de la nature individuelle du droit, l'association forcée peut compromettre la possibilité d'accomplissement personnel qui fonde la garantie constitutionnelle. La liberté négative de refuser de s'associer apparaît donc comme une composante nécessaire du droit constitutionnel de sauvegarder la liberté de choix indispensable pour l'accomplissement personnel.

Le juge La Forest attribue ce contenu large à la garantie négative, afin de protéger le droit

189

190

191

192

individual right at stake. He refused to separate the positive and negative aspects of the constitutional guarantee. They appeared to him as “two sides of a bilateral freedom”, unified by the same purpose of advancing individual aspirations (at p. 319). He noted that art. 20 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), explicitly recognized the negative component of freedom of association as follows:

1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association.
2. No one may be compelled to belong to an association.

193

Therefore, despite the absence of any express recognition of that negative right in the Canadian *Charter*, the nature of the guarantee of freedom of association required the acknowledgement of the negative component. In *La Forest J.*'s view, it was necessary to give effect to the concerns about the protection of individual freedoms and instruments of self-fulfilment which stand at the core of the right of association. *La Forest J.* disagreed with *Wilson J.* on the risk of trivializing s. 2(d). On the contrary, the presence of the negative component would strengthen the constitutional guarantee to freely associate.

194

Despite the importance *La Forest J.* attached to the right not to associate, he asserted that internal limits should be read into that right. He viewed certain forms of association as unavoidable in human society. Any right of non-association should not be confused with the right to isolation. His reasons state that varied forms of forced association are unavoidable, like the state or the family. More particularly, he conceded that some form of forced association might become a necessary incident of life in the workplace (at p. 321).

... it could not be said that s. 2(d) entitles us to object to the association with the government of Canada and its policies which the payment of taxes would seem to entail

individuel en jeu. Il refuse de séparer les aspects positif et négatif de la garantie constitutionnelle, qui lui apparaissent comme « les deux revers d'une liberté bilatérale », dont l'objet unificateur commun est l'avancement des aspirations individuelles (p. 319). Il souligne que l'art. 20 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), reconnaît expressément la composante négative de la liberté d'association :

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques.
2. Nul ne peut être obligé de faire partie d'une association.

Par conséquent, malgré l'absence de toute reconnaissance expresse de ce droit négatif dans la *Charte* canadienne, la nature de la garantie de liberté d'association exige que la composante négative soit reconnue. Selon le juge *La Forest*, il est nécessaire de répondre aux préoccupations relatives à la protection des libertés individuelles et des outils d'accomplissement personnel que comporte le droit d'association. Le juge *La Forest* s'affirma en désaccord avec le juge *Wilson* sur le risque de banalisation de l'al. 2d). Au contraire, la présence d'une composante négative renforcerait la garantie constitutionnelle de la liberté d'association.

Malgré l'importance que le juge *La Forest* attachait au droit de ne pas s'associer, il a conclu que ce droit doit être interprété comme contenant des limites internes. Il a considéré certaines formes d'association comme inévitables dans la société. Il ne faut pas confondre le droit de non-association avec le droit à l'isolement. Dans ses motifs, il a affirmé que diverses formes d'associations forcées s'avèrent inévitables, comme l'État ou la famille. Plus particulièrement, il a reconnu que certaines formes d'association forcée peuvent devenir une nécessité de la vie dans le lieu de travail (à la p. 321) :

... on ne pourrait dire que l'al. 2d) nous permet de nous opposer à l'association avec le gouvernement du Canada et ses politiques que le versement des impôt semblerait entraîner . . .

Realistically, too, as I will more fully explain later, the organization of our society compels us to be associated with others in many activities and interests that justify state regulation of these associations. Thus I doubt that s. 2(d) can entitle us to be free of all legal obligations that flow from membership in a family. And the same can be said of the workplace. In short, there are certain associations which are accepted because they are integral to the very structure of society. Given the complexity and expansive mandate of modern government, it seems clear that some degree of involuntary association beyond the very basic foundation of the nation state will be constitutionally acceptable, where such association is generated by the workings of society in pursuit of the common interest. However, as will be seen, state compulsion in these areas may require assessment against the nature of the underlying associational activity the state has chosen to regulate. [Emphasis added.]

I take these comments to mean that the state, the family and the workplace create some forms of association immune in principle from *Charter* review. La Forest J. added that an employee like Lavigne would have no chance of success by raising an objection to the mere fact of forced association, if his union had limited its activities to matters like the negotiation and enforcement of working conditions. The constitutional guarantee of s. 2(d) would not be engaged when the association is compelled by what La Forest J. termed “the facts of life” (p. 324). It would come into play only when the act of forced association threatens an identified liberty interest (pp. 328-29). La Forest J. commented that some of those primary liberty interests had been properly identified in a paper on s. 2(d) by Professor Etherington, while giving them a broad interpretation and without seeking to define them exhaustively. (See B. Etherington, “Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate” (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 1, at pp. 43-44.) The first liberty interest that might be threatened by forced association was the governmental establishment or support of parties or causes. The second was defined as the impairment of an individual freedom to join a cause of one’s choice.

D’une façon réaliste également, comme je l’expliquerai plus en détail plus tard, l’organisation de notre société nous force à nous associer avec autrui dans l’exercice de plusieurs activités et la poursuite de nombreux intérêts qui justifient la réglementation de ces associations par l’État. Ainsi, je doute que l’al. 2d) puisse nous permettre de nous libérer de toutes les obligations légales découlant de l’appartenance à une famille. Et on peut dire la même chose du lieu de travail. Bref, certaines associations sont acceptées parce qu’elles font partie intégrante de la structure même de la société. Étant donné la complexité et l’importance croissante du mandat du gouvernement moderne, il semble clair qu’un certain degré d’association involontaire allant au-delà du fondement même de l’État sera constitutionnellement acceptable, si pareille association est générée par les rouages de la société dans la poursuite de l’intérêt commun. Toutefois, comme on le verra, la contrainte exercée par l’État dans ces domaines peut exiger une évaluation en fonction de la nature de l’activité collective sous-jacente que l’État a choisi de réglementer. [Je souligne.]

J’interprète ces commentaires comme signifiant que l’État, la famille et le lieu de travail créent des formes d’association qui sont en principe à l’abri d’un examen fondé sur la *Charte*. Le juge La Forest a ajouté qu’un employé tel que Lavigne aurait connu un échec complet en soulevant une opposition à la retenue syndicale basée sur la simple obligation d’association, dans l’hypothèse où le syndicat aurait limité ses activités à des matières comme la négociation et l’application des conditions de travail. La garantie constitutionnelle de l’al. 2d) ne s’appliquerait pas lorsque l’obligation d’association résulte de ce que le juge La Forest appelle « [l]es nécessités de la vie » (p. 324). Cette garantie n’entrerait en jeu que lorsque l’obligation menace un droit à une liberté spécifique (p. 328-329). Le juge La Forest remarqua que, dans une étude sur l’al. 2d), le professeur Etherington avait bien décrit certains de ces droits fondamentaux à la liberté, tout en leur donnant une interprétation large et sans chercher à les définir de façon exhaustive. (Voir B. Etherington, « Freedom of Association and Compulsory Union Dues : Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate » (1987), 19 *R.D. Ottawa* 1, p. 43-44.) Le premier droit à la liberté susceptible d’être menacé par l’association forcée serait l’établissement ou l’appui par le gouvernement de parties ou de causes. Le deuxième se définissait

The third and fourth consisted of the imposition of ideological conformity.

196 Forced association would not, in itself, offend s. 2(d). The complainant would have to demonstrate a threat to a liberty interest worthy of protection (at pp. 328-29):

There is much to be said for this approach to the freedom of association. However, it may also be argued that the values identified by Professor Etherington are merely some of the core values protected by s. 2(d), and that other values less central to the freedom may, in proper context, merit *Charter* protection. In either case, I am of the view that such an approach is only applicable once one has overcome the threshold issue I have identified earlier, namely, whether in a particular case it is appropriate for the legislature to require persons with similar interests in a particular area to become part of a single group to foster those interests. To put it another way, one must, to use Professor Etherington's words, first be satisfied that the "compelled combining of efforts towards a common end" is required to "further the collective social welfare" (p. 43). Where such a combining of efforts is required, and where the government is acting with respect to individuals whose association is already "compelled by the facts of life", such as in the workplace, the individual's freedom of association will not be violated unless there is a danger to a specific liberty interest such as the four identified by Professor Etherington above. This approach only applies, however, so long as the association is acting in furtherance of the cause which justified its creation. Where the association acts outside this sphere, different considerations arise.

197 La Forest J.'s view of the workplace as the source of some forms of compelled association reflects the nature of the enterprise, as a work environment. Canadian labour law has acknowledged the complexity of the concept of enterprise and of the associative aspects of its life. The jurisprudence of this Court on the transfer of enterprises and its effect on union bargaining rights is strikingly illustrative in this respect, as it defines the enterprise not only as a mere addition of means of production,

comme étant l'atteinte à la liberté individuelle d'adhérer à la cause de son choix. Les troisième et quatrième consistaient en l'imposition d'une conformité idéologique.

L'obligation d'association ne porterait pas atteinte en soi à l'al. 2d). Le plaignant devrait démontrer l'existence d'une menace relative à un droit à une liberté digne de protection (aux p. 328-329) :

Cette façon d'aborder la liberté d'association présente beaucoup d'intérêt. Toutefois, l'on peut aussi soutenir que les valeurs qu'a identifiées le professeur Etherington ne sont que quelques-unes des valeurs fondamentales protégées par l'al. 2d) et que d'autres valeurs moins essentielles à cette liberté pourraient, dans un contexte approprié, mériter la protection de la *Charte*. Quoi qu'il en soit, je suis d'avis que cette analyse n'est applicable que si la question préliminaire, que j'ai déjà identifiée, a été résolue, savoir s'il convient, dans un cas particulier, que le législateur oblige des personnes partageant des intérêts similaires dans un domaine donné à adhérer à un groupe unique afin de promouvoir ces intérêts. En d'autres termes, il faut, pour reprendre les propos du professeur Etherington, être d'abord convaincu que [TRADUCTION] « la conjugaison forcée d'efforts dans la poursuite d'un objectif commun » est requise pour « favoriser le bien-être collectif et social » (p. 43). Lorsqu'une telle conjugaison d'efforts est requise et que le gouvernement agit à l'égard d'individus dont l'association « découle » déjà « des nécessités de la vie », comme dans un lieu de travail, il n'y aura pas atteinte à la liberté individuelle d'association, sauf si l'un des quatre droits spécifiques à la liberté, cités précédemment par le professeur Etherington, est compromis. Cette analyse ne s'applique, cependant, que dans la mesure où l'association agit dans la poursuite de la cause qui en a justifié la création. Lorsque l'association agit à l'extérieur de cette sphère, des considérations différentes entrent en jeu.

La vision que le juge La Forest exprimait du lieu de travail comme source de certaines formes d'association forcée reflète la nature de l'entreprise en tant qu'environnement de travail. Le droit du travail canadien reconnaît la complexité de la notion d'entreprise et des facettes collectives de sa vie. La jurisprudence de notre Cour sur la cession d'entreprises et ses effets sur les droits de négociation syndicaux est extrêmement révélatrice à cet égard puisqu'elle définit l'entreprise non

but also as an amalgamation of human beings, both in management and in the unionized work force, all working towards some common entrepreneurial purpose. (See *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec: pratiques et théories* (4th ed. 1999), at pp. 329-30.) In the context of individual labour relationships, the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, now views the existence of a contract of employment as closely tied in with the concept of enterprise:

2097. A contract of employment is not terminated by alienation of the enterprise or any change in its legal structure by way of amalgamation or otherwise.

The contract is binding on the representative or successor of the employer.

The nature of an enterprise means that an employee must work in a complex environment, where he or she must collaborate with others in the pursuit of a common purpose. An employee shares with others the common status of a person whose activity takes place under the control of management and experiences the fundamental imbalance of economic and legal power inherent in the employment relationship. (See *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at paras. 90-93, *per* Iacobucci J.) This employee may then share a common interest with others in attaining some balance of power in the life of the enterprise. Participation in a union may become the natural consequence of one's worklife.

In *La Forest J.*'s opinion, an obligation to join a union whose purposes would be limited to collective bargaining would not even trigger the application of s. 2(d). On the other hand, *La Forest J.* held that the support of some political groups by the union and the allocation of parts of union dues to support causes outside the narrow framework of collective bargaining would infringe s. 2(d) (p. 333). Nevertheless, he found in *Lavigne's* case that such an infringement was justified under s. 1. He acknowledged that unions played a wider

seulement comme une simple addition de moyens de production, mais également comme l'union d'êtres humains, tant au niveau de la direction que de la main-d'œuvre syndiquée, tous travaillant vers le même but d'entreprise. (Voir *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec : pratiques et théories* (4^e éd. 1999), p. 329-330.) Dans le contexte des relations du travail individuelles, le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, considère maintenant l'existence d'un contrat de travail comme étroitement liée à la notion d'entreprise :

2097. L'aliénation de l'entreprise ou la modification de sa structure juridique par fusion ou autrement, ne met pas fin au contrat de travail.

Ce contrat lie l'ayant cause de l'employeur.

La nature d'une entreprise signifie qu'un employé doit travailler dans un environnement complexe, où il est appelé à collaborer avec d'autres, dans un but commun. Un employé partage avec d'autres le statut commun de personnes dont l'activité se déroule sous le contrôle d'une direction et qui subissent le déséquilibre fondamental des pouvoirs économiques et juridiques inhérents au rapport de travail. (Voir *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 90-93, le juge Iacobucci.) Il peut alors partager avec d'autres un intérêt commun de parvenir à un certain équilibre du pouvoir, dans la vie de l'entreprise. La participation syndicale peut devenir la conséquence naturelle de la vie au travail d'une personne.

D'après le juge *La Forest*, l'obligation d'adhérer à un syndicat dont les objets sont limités à la négociation collective n'entraînerait même pas l'application de l'al. 2d). D'un autre côté, le juge *La Forest* a estimé que l'appui syndical à des groupes politiques ainsi que l'affectation d'une partie des cotisations syndicales à des causes non liées au cadre étroit de la négociation collective portaient atteinte à l'al. 2d) (p. 333). Il a conclu, néanmoins, dans le cas de *Lavigne*, qu'une telle atteinte était justifiée aux termes de l'article premier. Il a reconnu

role in Canadian society than merely negotiating and implementing labour agreements. In his opinion, they were voices representing legitimate interests within Canadian society. Their involvement in political matters flowed from their role in the field of labour relations. The freedom to spend union dues was considered critical to the safeguarding of the ability of unions to engage in debates on broad societal issues. In this respect, La Forest J. pointed out that it became difficult to draw a clear distinction between expenses for collective purposes and for other goals. The structure and the management of labour relations may themselves become a political issue and often will affect the quality of life and working conditions within the enterprise. In addition, the Rand formula settled the problem of the free rider who benefits from union services at no cost to himself. This obligation to pay dues promoted interest and participation in union affairs and strengthened democratic values within a union.

que le rôle des syndicats dans la société canadienne dépasse la fonction de négociation et de mise en œuvre des conventions collectives. Selon lui, ces organismes expriment des intérêts légitimes dans la société canadienne. Leur participation aux affaires politiques découle de leur fonction dans le domaine des relations du travail. La liberté de dépenser les cotisations syndicales apparaît vitale, pour la protection de l'aptitude des syndicats à s'engager dans les débats sur de grandes questions sociétales. À cet égard, le juge La Forest a souligné qu'il était devenu difficile d'établir une distinction claire entre les dépenses engagées à des fins collectives et celles entreprises dans d'autres buts. Le régime et la gestion des relations du travail peuvent eux-mêmes devenir une question politique et influenceront souvent sur la qualité de vie et les conditions de travail au sein de l'entreprise. En outre, la formule Rand permet de régler le problème du resquilleur qui bénéficie gratuitement des services syndicaux. Cette obligation de verser les cotisations favorise l'intérêt pour les affaires syndicales, ainsi que la participation à celles-ci, et renforce les valeurs démocratiques au sein des syndicats.

200

McLachlin J. shared the view that freedom of association is a right belonging to the individual, created to foster his or her potential for self-realization. Nevertheless, McLachlin J. seemed to define this negative right in a more restricted way than La Forest J. Her interpretation seems to be tied in with her concern for a global interpretation of the *Charter*, whereby the guarantee of freedom of association would be viewed in the perspective of other constitutional rights. At this point, McLachlin J. was close to the approach advocated by Wilson J., but she shared La Forest J.'s views that, by reason of the very nature of the constitutional guarantee, it had to incorporate a negative component in order to safeguard the liberty interests involved.

Madame le juge McLachlin a estimé que la liberté d'association représentait un droit appartenant à l'individu, qui visait à favoriser son potentiel d'accomplissement personnel. Elle paraissait toutefois interpréter ce droit négatif de façon plus restrictive que le juge La Forest. Son interprétation semblait liée à son désir de voir la *Charte* recevoir une interprétation globale, selon laquelle la garantie de liberté d'association serait examinée en rapport avec les autres droits constitutionnels. À ce stade, le juge McLachlin exprimait une conception se rapprochant de celle préconisée par le juge Wilson, mais partageait l'opinion du juge La Forest, selon laquelle, de par sa nature, la garantie constitutionnelle doit comporter une composante négative afin que soient protégés les droits à la liberté en cause.

201

McLachlin J. would not exclude any specific categories of forced association from the scope of the guarantee. She refused to engage in an analysis of the group's initial reason for forming. Neither would she inquire whether the activities arising out of the forced association could fall within or out-

Le juge McLachlin était d'avis de n'exclure aucune catégorie particulière d'association forcée de la portée de la garantie. Elle refusait d'analyser la raison initiale de la formation du groupe. Elle n'examinait pas non plus la question de savoir si les activités découlant de l'association forcée

side its original purpose. The single determining factor in McLachlin J.'s view appeared to be the presence of an ideological coercion which she did not define. Compelled association would breach s. 2(d) only when it imposed ideological conformity. McLachlin J. seemed to view the mere fact of involuntary association as essentially neutral, if the forced activity does not impose the ideas of the group on the member. In such a case, the compelled association does not engage the negative freedom not to associate. The element of compelled ideological conformity is measured objectively. The inquiry seeks to ascertain whether forced activity would bring the individual into "association with ideas and values to which he or she does not voluntarily subscribe" (p. 344).

In McLachlin J.'s opinion, there was no link between the compulsory payment of dues and the ideas and values to which Lavigne did not subscribe (p. 340). She pointed out that the Rand formula did not force employees to become members of the union. As a beneficiary of its services, it would only be fair that an employee like Lavigne would have to pay union dues (p. 347). McLachlin J. saw very little associative content in the mere fact of having to pay dues. The payment of union dues would rather amount to compensation for services rendered, without implying ideological conformity (p. 347). The freedom not to associate protects the rights of freedom of thought, opinion and expression. Barring any infringement of this fundamental right to intellectual freedom, associational activities like the payment of dues will not engage s. 2(d).

J. *Democratic Values and Association*

Despite their different approaches, McLachlin and La Forest JJ. appeared to agree on a common vision of the nature of the freedom to associate. Although in *obiter*, McLachlin J. shared La Forest J.'s view that the negative component will not always mirror the positive element of freedom of association. They also both recognized the democratic rationale for denying that all forms

peuvent être visées ou non par son objet original. Le seul facteur déterminant se résumerait, selon elle, à l'existence d'une pression idéologique qu'elle ne définissait pas. L'association forcée ne violerait l'al. 2d) qu'en cas d'imposition d'une forme de conformité idéologique. Le juge McLachlin semblait considérer la simple association involontaire comme essentiellement neutre, lorsque l'adhésion forcée n'imposait pas les idées du groupe au membre. Dans un tel cas, l'association forcée ne mettait pas en cause la liberté négative de ne pas s'associer. L'élément de la conformité idéologique forcée se mesurait objectivement. L'analyse visait à déterminer si une activité découlant de cette association forcée obligerait l'individu à « s'associer à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement » (p. 344).

Selon le juge McLachlin, aucun lien n'existait entre le versement obligatoire de cotisations et les idées et valeurs auxquelles Lavigne ne souscrivait pas (p. 340). Elle a souligné que la formule Rand ne forçait pas les employés à se syndiquer. La justice exigeait que, bénéficiaire des services syndicaux, un employé comme Lavigne soit tenu de verser des cotisations syndicales (p. 347). Le juge McLachlin n'a vu que peu de contenu collectif dans le simple fait d'avoir à verser des cotisations. Le versement de cotisations syndicales équivaldrait plutôt à une contrepartie pour services rendus, sans imposer la conformité idéologique (p. 347). La liberté de ne pas s'associer protège les droits à la liberté de pensée, d'opinion et d'expression. En l'absence de toute atteinte à ce droit fondamental à la liberté intellectuelle, les activités collectives comme le versement de cotisations n'entraîneront pas l'application de l'al. 2d).

J. *Les valeurs démocratiques et l'association*

Malgré leurs conceptions différentes, les juges McLachlin et La Forest paraissaient s'être entendus sur une vision commune de la nature de la liberté de s'associer. Quoiqu'elle l'ait fait incidemment, le juge McLachlin partageait l'opinion du juge La Forest selon laquelle la composante négative ne correspond pas toujours à l'élément positif de la liberté d'association. Ils reconnaissaient aussi tous deux

202

203

of compelled association would infringe s. 2(d). According to *La Forest J.*, some forms of forced association, whose existence flows from sharing the life and values of a democratic society, cannot be dispensed with, and will not breach the *Charter*. Moreover, some of the concerns raised by forms of compelled association would be alleviated when the association itself is established and managed in accordance with democratic principles (at p. 326). After finding a breach of the right not to associate, *La Forest J.* moved to a s. 1 analysis. In that discussion he commented that the *Rand* formula seeks to foster democracy by encouraging participation in the union and in democratic discussion on its activities and expenditures.

204

While *McLachlin J.* found no breach, and therefore had no need to address a s. 1 justification, she also noted the legal relationships that exist between citizen and state and between workers and bargaining agents as justification for forced association, absent the element of ideological conformity. A common understanding of the need for some forms of compelled association appears in both sets of reasons. Within this approach, the work environment may be one of those places where a form of forced relationship will arise out of the need to associate, to cooperate, and to find a proper voice in the dialogue or conflicts with the other parties to the employment relationship. The judgment in *Lavigne* viewed those forms of forced association as legitimate, when they respect democratic values. An individual may be forced to associate so long as he or she is not stripped of the right to disassociate from the ideology of the group, and not deprived of his or her liberty interests guaranteed by the *Charter*. In the end, neither *La Forest J.* nor *McLachlin J.* held that all compelled associations, more particularly those arising out of the application of union security clauses, are *per se* violative of s. 2(d) of the *Charter*.

205

The present case presents a more difficult problem than the application of the *Rand* formula canvassed in *Lavigne*. The *Construction Act* imposes

le fondement démocratique du refus de conclure que toutes les formes d'association forcée portent atteinte à l'al. 2d). Selon le juge *La Forest*, certaines formes d'association forcée, découlant du partage de la vie et des valeurs d'une société démocratique, sont indispensables et ne violent pas la *Charte*. De plus, l'établissement et la gestion de l'association elle-même, conformément aux principes démocratiques, atténuent certaines des inquiétudes que soulèvent des formes d'associations forcées (p. 326). Après avoir conclu à une atteinte au droit de non-association, le juge *La Forest* est passé à l'analyse relative à l'article premier. Il a fait remarquer à cet égard que la formule *Rand* visait à favoriser la démocratie en encourageant la participation à la vie du syndicat et aux discussions démocratiques sur ses activités et dépenses.

Même si le juge *McLachlin* n'a conclu à aucune atteinte et n'avait donc pas à aborder la justification fondée sur l'article premier, elle a souligné que les rapports juridiques entre le citoyen et l'État et entre les travailleurs et les agents négociateurs justifient l'association forcée, en l'absence d'un élément de conformité idéologique. Une vision commune de la nécessité de certaines formes d'association forcée ressort des deux ensembles de motifs. Selon cette conception, l'environnement de travail peut représenter l'un des lieux où une forme de relation forcée découle de la nécessité de s'associer, de collaborer et de trouver, avec les autres intervenants dans le rapport de travail, une voix appropriée dans le dialogue ou les conflits. L'arrêt *Lavigne* considère ces formes d'association forcée comme légitimes, lorsqu'elles respectent les valeurs démocratiques. Un individu peut être forcé de s'associer dans la mesure où il n'est pas privé du droit de se dissocier de l'idéologie du groupe et s'il n'est pas privé des droits à la liberté que la *Charte* lui garantit. En fin de compte, ni le juge *La Forest* ni le juge *McLachlin* n'ont conclu que les associations forcées et, plus particulièrement, celles découlant de l'application de clauses de sécurité syndicale, sont toutes contraires, en soi, à l'al. 2d) de la *Charte*.

La présente affaire pose un problème plus difficile que l'application de la formule *Rand* analysée dans l'arrêt *Lavigne*. La *Loi sur la construction*

an obligation to join one of five unions. The question becomes whether this fact *per se* triggers the negative component and becomes a breach of s. 2(d) of the *Charter* that must be justified under s. 1. If we adopt this route, it might well mean that all forms of compulsory membership provided for or even authorized under statute would be open to challenge under the *Charter*.

A proper analysis of *Lavigne* and of the nature of the constitutional guarantee does not allow for such a result. Although differing in some respects, McLachlin J.'s and La Forest J.'s reasons both refused to view the negative right as a simple mirror image of the positive right of association. Both Justices accepted that the nature of a workplace and the status of the persons participating in its life and experience created associations that became unavoidable or "compelled". The use of the notion of ideological conformity by McLachlin J. or La Forest J.'s concerns for the safeguarding of broad liberty interests acknowledged the need for association, as well as the need to join, which may be required in some aspects of life in the workplace. At the same time, they intended to meet the need to safeguard democratic values and to foster them in the area of labour relations. Their reasons reflect the view that some forms of compelled association might breach s. 2(d) of the *Charter* if the fact of association imposes on an individual values and views of the world antithetical to his or her own.

The Court found a balance in *Lavigne*. This balance is now at stake in the present case. The majority of the Court in *Lavigne* found that there was a negative right not to associate. Although it acknowledged the need for such a right, it accepted a democratic rationale for putting internal limits on the right not to associate. La Forest J. regarded the Constitution's presumption of democracy as a reason for concluding that forced associations which flow from the functioning of democracy cannot be severed with the aid of the *Charter* (pp. 317 and 320-21). Democracy is not primarily about

impose l'obligation d'adhérer à l'un de cinq syndicats. Il faut donc déterminer si cette exigence, en soi, met en cause la composante négative et viole l'al. 2d) de la *Charte* qui doit être justifiée en vertu de l'article premier. Si nous nous engageons dans cette voie, il se pourrait fort bien que toute forme d'adhésion syndicale obligatoire prescrite ou même autorisée par la loi devienne susceptible de contestation en vertu de la *Charte*.

Une analyse appropriée de l'arrêt *Lavigne* et de la nature de la garantie constitutionnelle ne permet pas une telle conclusion. Bien que leurs motifs divergent à certains égards, les juges McLachlin et La Forest refusaient de considérer le droit négatif comme un simple reflet du droit positif d'association. Ils convenaient tous deux que la nature du milieu de travail et le statut des personnes engagées dans la vie et l'expérience de celui-ci ont donné naissance à des associations devenues, par ailleurs, inévitables ou « forcées ». Le juge McLachlin, par son usage de la notion de conformité idéologique, et le juge La Forest, par son souci de la protection de droits étendus à la liberté, ont reconnu la nécessité des associations et le besoin d'y adhérer. Les exigences de certains aspects de la vie en milieu de travail peuvent même parfois imposer ces derniers. D'autre part, ces deux juges voulaient satisfaire au besoin de protéger les valeurs démocratiques et de les favoriser dans le domaine des relations du travail. Ainsi, leurs motifs ont fait ressortir l'opinion que certaines formes d'association forcée sont susceptibles de contrevenir à l'al. 2d) de la *Charte* si l'association impose à l'individu des valeurs et des visions du monde contraires aux siennes.

Notre Cour a trouvé dans l'arrêt *Lavigne* un juste milieu, que le présent pourvoi remet en cause. Dans *Lavigne*, les juges majoritaires reconnaissaient l'existence d'un droit négatif de non-association. Bien qu'il en reconnaisse la nécessité, cet arrêt accepte la présence d'un fondement démocratique capable de justifier l'imposition de limites internes à ce droit. Selon le juge La Forest, la présomption de démocratie qui découle de la Constitution signifiait qu'on ne saurait invoquer la *Charte* pour mettre fin aux associations forcées, qui proviennent du fonctionnement même de la démocratie (p. 317 et

withdrawal, but fundamentally about participation in the life and management of democratic institutions like unions.

208 An approach that fails to read in some inner limits and restrictions to a right not to associate would deny the individual the benefits arising from an association. This Court has maintained, since the labour law trilogy of 1987, that the right of association intends to foster individual autonomy and attaches to individuals. At the same time, the exercise of the right of association also reinforces the ability of an individual to convey ideas and opinions, through a group voice, as the Court acknowledged in the *Libman* case, while discussing political and ideological associations. It should not be viewed as an inferior right, barely tolerated and narrowly circumscribed.

K. *Freedom of Association and the Employment Relationship*

209 In the present case, it must be acknowledged that the law challenged by the appellants legislates a form of union shop. All construction workers must elect one of five union groups as their collective bargaining representative. Their union dues go to these groups or their affiliates. If the appellants' arguments were to be accepted, the answer to the constitutional question would be short; the right not to associate would have been infringed and the law would not pass constitutional muster. A more refined approach elicits a different answer.

210 In spite of the acknowledgement of the existence of a right not to associate, the guarantee of freedom of association is not engaged by the legislative scheme challenged in the present appeal. Freedom of association, even with its negative component, does not express a right to isolation, as La Forest J. observed in *Lavigne*. To this I would add there is a unique quality of association connected to individual self-realization. It gives the associates, "the partners", a common strength that enables the furtherance of individual goals and aspirations in

320-321). La démocratie ne se résume pas principalement en un droit de retrait. Elle se préoccupe, fondamentalement, de la participation à la vie et à la gestion d'institutions démocratiques comme les syndicats.

Une conception incapable d'intégrer des limites et des restrictions internes au droit de ne pas s'associer priverait l'individu des bénéfices découlant d'une association. Depuis la trilogie de 1987, en droit du travail, notre Cour affirme que le droit d'association vise à favoriser l'autonomie individuelle et qu'il se rapporte aux individus. Par ailleurs, l'exercice du droit d'association renforce également la capacité d'une personne de faire valoir des idées et des opinions, par la voix d'un groupe, comme notre Cour le reconnaît dans l'affaire *Libman* lorsqu'elle a analysé les associations politiques et idéologiques. Ce droit ne doit pas être considéré comme un droit inférieur, à peine toléré et étroitement interprété.

K. *La liberté d'association et le rapport de travail*

Il faut reconnaître, en l'espèce, que la loi contestée par les appelants crée une forme d'atelier syndical. Tous les travailleurs de la construction doivent choisir l'un des cinq groupes syndicaux à titre d'agent négociateur. Leurs cotisations syndicales vont à ces groupes ou à leurs affiliés. Si l'on accepte les arguments des appelants, la réponse à la question constitutionnelle serait courte; il y aurait eu violation du droit de ne pas s'associer et la loi ne résisterait pas à l'examen de sa constitutionnalité. Une conception plus raffinée des enjeux donne lieu à une réponse différente.

Malgré la reconnaissance de l'existence du droit de non-association, la garantie de liberté d'association n'est pas mise en cause par le régime législatif contesté dans le présent pourvoi. Même avec sa composante négative, la liberté d'association ne fait ressortir aucun droit à l'isolement, comme le juge La Forest le fait remarquer dans l'arrêt *Lavigne*. À cet égard, j'ajouterais que l'association revêt un caractère unique pour l'accomplissement personnel. En effet, elle confère aux personnes s'associant, « les associés », une force

a way that escapes the efforts of a man or woman acting alone. The birth and development of a strong and diverse civil society in modern democracy bears witness to that special quality of a social activity. The community, as well as the individual, benefits from it. One cannot presume that the *Charter* addresses only the relationship between isolated individuals and the state. It is also concerned with the interaction of groups and “mini” societies within the broader Canadian society. The incorporation of a guarantee of freedom of association in the *Charter* signals the strong societal interest in a broad interpretation of freedom of association, although always in accord with the democratic values of Canada. It signals the importance of the social element of man’s self-actualization. It demonstrates the importance of communication and of cooperation between human beings.

As La Forest J. stated in the *Lavigne* case, some forms of association arise from the human condition. Others find their source in the necessities and realities of life. Relationships born and organized around the workplace may create a need for a stronger bond between groups and persons undergoing the same experiences while at work.

As this Court has acknowledged, the employment relationship rests on an imbalance of power between ordinary workers and those who employ them. The power to direct the work and fix the conditions of employment is usually exercised unilaterally by employers. Entering into an employment relationship means accepting the existence and exercise of that power. Often, especially during periods of economic downturn or unemployment, the employee has little option but to accept what is offered.

The *Civil Code of Québec* identifies clearly the nature of the employment relationship when it defines the contract of employment as an agreement based on the acceptance of the authority of the employer:

commune qui leur permet de réaliser des objectifs et aspirations individuels qu’elles ne pourraient accomplir si elles agissaient seules. La naissance et l’évolution d’une société civile forte et diversifiée dans une démocratie moderne témoignent de cette caractéristique spéciale de l’activité sociale. La collectivité et l’individu en bénéficient. On ne peut pas présumer que la *Charte* vise uniquement les rapports entre les individus pris isolément et l’État. Elle porte également sur l’interaction des groupes et des « mini » sociétés dans la société canadienne dans son ensemble. L’inclusion dans la *Charte* de la garantie de liberté d’association indique qu’une interprétation large de la liberté d’association, dans le respect des valeurs démocratiques du Canada, présente pour la société de grands avantages. Elle confirme l’importance de l’élément social de l’accomplissement personnel de l’homme. Elle démontre le rôle primordial de la communication et de la collaboration entre les êtres humains.

Comme le juge La Forest le dit dans l’arrêt *Lavigne*, certaines formes d’association découlent de la condition humaine. D’autres sont engendrées par les nécessités et réalités de la vie. Les rapports nés et organisés dans le lieu de travail peuvent créer le besoin d’un lien plus fort entre les groupes et les personnes qui partagent les mêmes expériences de travail.

Comme notre Cour l’a reconnu, le rapport de travail repose sur un déséquilibre du pouvoir entre les travailleurs ordinaires et leurs employeurs. Le pouvoir de diriger le travail et d’en fixer les conditions est généralement exercé unilatéralement par les employeurs. En devenant partie à un rapport de travail on accepte l’existence et l’exercice de ce pouvoir. Souvent, surtout lors des périodes de ralentissement économique ou de chômage, l’employé n’a pas d’autre choix que d’accepter ce qui est offert.

Le *Code civil du Québec* indique clairement la nature du rapport de travail lorsqu’il définit le contrat de travail comme une convention fondée sur l’acceptation de l’autorité de l’employeur :

211

212

213

2085. A contract of employment is a contract by which a person, the employee, undertakes for a limited period to do work for remuneration, according to the instructions and under the direction or control of another person, the employer.

214

Professors P. Verge and G. Vallée, in a recent study of the principles of labour law, stated that the fundamental nature of the employment relationship, whatever its form and shape, rests on an inequality which reflects an imbalance of economic power. Subordination and inequality remain at the core of the relationship:

[TRANSLATION] Therefore, although the employment relationship may be reflected in different status levels within the company, it is nonetheless still an employment relationship. As a rule, in spite of variations in the length of employment or in the relationship itself, or even in the identity of the ultimate user of the work, the subordination to the employer which is characteristic of the relationship is still present. Viewed subjectively — that is, in relation to the overall situation of the employee — the insecurity of the employment in fact intensifies the employee's economic dependency on any employer for which he or she might work.

(*Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail* (1997), at p. 21)

See also Morin and Brière, *supra*, at pp. 212-13; Gagnon, *supra*, at pp. 51-52.

L. *The History of Labour Relations*

215

The existence of this fundamental inequality has provoked the long and continuing search for a new balance in labour relations. A common instrument has been the association of persons seeking to agree and thus acquire a degree of control over their working conditions. Since the industrial revolution, association and the right to associate have been viewed as critical tools in the fight for a more stable and sometimes more equitable employment relationship. (For a short outline of the history of labour law, see A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer and W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986), at pp. 3-30; Gagnon, LeBel and Verge, *supra*, at pp. 16-32; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 1-1 to 1-11.)

2085. Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur.

Dans une étude récente des principes du droit du travail, les professeurs P. Verge et G. Vallée soulignent que, peu importe sa forme, le rapport de travail repose fondamentalement sur une inégalité reflétant un déséquilibre du pouvoir économique. La subordination et l'inégalité demeurent au cœur du rapport :

Le rapport de travail, s'il peut ainsi correspondre à différents statuts dans l'entreprise, n'en demeure pas moins un. Les variations, tenant à la durée du travail ou au rapport lui-même, ou encore, à l'identité de l'utilisateur du travail, laissent subsister en principe la sujétion envers l'employeur, caractéristique de ce rapport. Le travail précaire intensifie même la dépendance économique du salarié, entendue subjectivement, c'est-à-dire relativement à la situation d'ensemble de ce dernier, envers tout employeur auquel il peut être lié.

(*Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail* (1997), p. 21)

Voir également Morin et Brière, *op. cit.*, p. 212-213; Gagnon, *op. cit.*, p. 51-52.

L. *L'histoire des relations du travail*

L'existence de cette inégalité fondamentale a provoqué la longue et continue recherche d'un nouvel équilibre dans les relations du travail. L'outil communément utilisé a été l'association de personnes cherchant à s'entendre et à avoir ainsi une certaine influence sur leurs conditions de travail. Depuis la révolution industrielle, l'association et le droit de s'associer sont considérés comme des outils cruciaux dans la lutte pour un rapport de travail plus stable et, parfois, plus équitable. (Pour un bref aperçu de l'histoire du droit du travail, voir A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer et W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2^e éd. 1986), p. 3-30; Gagnon, LeBel et Verge, *op. cit.*, p. 16-32; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 1-1 à 1-11.)

Nevertheless, the right of association faces an inner tension in the striving to create a different work environment. The refusal of some to join the group weakens the efforts to achieve the goals of the majority. For these reasons, compelled associations in many forms became a reality of labour relations in several countries including Canada. Various forms of union security clauses ranging from the obligation to pay union dues to the obligation to hire only members of a certain union group were included in collective agreements and applied. In different ways, these arrangements attempted to resolve the tension and contradiction between the two competing aspects of the right of association.

Although *Lavigne* did not address the whole issue of union security, as it dealt only with an obligation imposed on non-members to pay union dues, it nevertheless held that some forms of compelled association in the workplace might be compatible with *Charter* values and the guarantee of freedom of association. The acknowledgement of a negative right not to associate would not justify a finding of an infringement of the guarantee whenever a form of compelled association arises. Otherwise, it would mean that the mere fact of association might amount to a breach of the *Charter*. An inquiry must take place into the nature of the commitment to an association. In the case of a legislated form of union security, the nature of the legislative scheme must also be closely scrutinized.

The *Construction Act* imposes an obligation to join a union group. The obligation remains, nevertheless, a very limited one. It boils down to the obligation to designate a collective bargaining representative, to belong to it for a given period of time, and to pay union dues. The Act does not require more. At the same time, the Act provides protection against past, present and potential abuses of union power. Unions are deprived of any direct control over employment in the industry. They may not set up or operate an office or union hall (ss. 104 and 119 of the Act). No discrimination is allowed against the members of different unions.

Néanmoins, le droit d'association fait face à une tension interne due à la tentative de créer un environnement de travail différent. Le refus de certains d'adhérer au groupe affaiblit les efforts faits en vue d'atteindre les buts de la majorité. Les associations forcées sont ainsi devenues, sous de nombreuses formes, une réalité des relations du travail dans plusieurs pays, y compris le Canada. Diverses formes de clauses de sécurité syndicale ont été insérées dans les conventions collectives et appliquées : de l'obligation de verser des cotisations à celle d'embaucher seulement les membres d'un groupe syndical donné. De différentes manières, ces dispositions visaient à régler la tension et la contradiction entre les deux facettes opposées du droit d'association.

N'ayant porté que sur l'obligation des non-membres de verser des cotisations syndicales, l'arrêt *Lavigne* n'a pas tranché toute la question de la sécurité syndicale. Il a néanmoins conclu que certaines formes d'association forcée dans le lieu de travail pouvaient être compatibles avec les valeurs contenues dans la *Charte* et avec la garantie de liberté d'association. La reconnaissance du droit négatif de ne pas s'associer ne permettrait pas de conclure que tous les cas d'association forcée emportent une atteinte à la garantie. Sinon, cela signifierait que le seul fait de s'associer pourrait constituer une violation de la *Charte*. Il faut examiner la nature de l'engagement envers l'association. Dans le cas d'une forme de sécurité syndicale prévue par la loi, on doit également examiner de près la nature du régime législatif.

La *Loi sur la construction* impose l'obligation d'adhérer à un groupe syndical. Cette obligation demeure néanmoins très limitée. Elle se résume à l'obligation de désigner un agent négociateur, d'être membre de ce groupe syndical pendant une période déterminée et de verser des cotisations syndicales. La Loi n'exige rien de plus. D'autre part, la Loi prévoit une protection contre les abus de pouvoir passés, présents et éventuels de la part du syndicat. Les syndicats sont privés de tout contrôle direct sur l'emploi dans l'industrie. Ils ne peuvent pas établir ou exploiter un bureau de placement (art. 104 et 119 de la Loi). Aucune discrimination n'est

216

217

218

Provided they hold the required competency certificates, all workers are entitled to work in the construction industry without regard to their particular union affiliation. Specific guarantees against discrimination are found in ss. 94 and 102. Section 96 grants members clear rights of information and participation in union life. The law allows any construction worker to change his or her union affiliation, at the appropriate time. As it stands, the law does not impose on construction workers much more than the bare obligation to belong to a union. It does not create any mechanism to enforce ideological conformity.

permise contre les membres des différents syndicats. Pourvu qu'ils détiennent les certificats de compétence requis, tous les salariés ont le droit de travailler dans l'industrie de la construction, sans égard à leur affiliation syndicale. Les articles 94 et 102 prévoient des garanties particulières contre la discrimination. L'article 96 confère aux membres des droits explicites relatifs à l'information et à la participation à la vie syndicale. La loi permet à tout travailleur de la construction de changer d'affiliation syndicale, au moment opportun. Sous sa forme actuelle, elle n'impose pas aux travailleurs de la construction beaucoup plus que la simple obligation d'être membre d'un syndicat. Elle ne crée aucun mécanisme visant à faire respecter une conformité idéologique.

219 In *Lavigne*, both *La Forest* and *McLachlin JJ.* limited the right not to associate when certain liberty interests were affected. Their comments also imply that such liberty interests, no matter how broad, must be asserted and identified. In the *Lavigne* case, the appellant claimed, although unsuccessfully as it turned out, that some union activities in support of political and social causes breached his right not to associate. He did not ground his case on a bare assertion that he could not accept financing a union or joining it, without more.

Dans l'arrêt *Lavigne*, les juges *La Forest* et *McLachlin* ont tous deux restreint le droit de non-association, quand certains droits à la liberté étaient affectés. Leurs observations sous-entendent également que ces droits à la liberté, si larges soient-ils, doivent être affirmés et définis. Dans *Lavigne*, l'appelant avait prétendu, bien que sans succès, que certaines activités syndicales au soutien de causes politiques et sociales portent atteinte à son droit de ne pas s'associer. Il n'a pas fondé son argumentation sur la simple affirmation qu'il ne pouvait pas accepter de financer un syndicat ou d'y adhérer.

220 As appears from the evidence, the situation is completely different in the case at bar. No witness came forward to assert that he felt or believed that joining a union associated him with activities he disapproved of, or with opinions he did not share. In order to trigger the negative guarantee in this case, ideological conformity or breach of another liberty interest would have to be found in the fact that unions, as other groups belonging to or participating in a democratic society, sometimes engage in public debate, take positions on issues concerning their members, or comment on broad social or political questions.

Comme la preuve l'indique, la situation est complètement différente en l'espèce. Aucun témoin n'est venu affirmer qu'il estimait ou croyait qu'adhérer à un syndicat l'associait à des activités qu'il désapprouvait ou à des opinions qu'il ne partageait pas. Pour que la garantie négative s'applique en l'espèce, il faudrait conclure à l'existence d'une conformité idéologique ou d'une violation d'un autre droit à la liberté parce que, parfois, les syndicats, comme d'autres groupes appartenant ou participant à une société démocratique, prennent part aux débats publics, adoptent des positions sur des problèmes concernant leurs membres et se prononcent sur les vastes questions sociales et politiques.

221 Our Court would have to presume that, because they take part in social debate, unions in Quebec

Il faudrait que notre Cour présume qu'en raison de cette participation aux débats de société, les

or elsewhere act in breach of the democratic values of our society, and of the liberty interests and the freedom of opinion and expression of their members. Still, if union members assert such a concern, it may have to be addressed. Accommodation may become necessary to safeguard the democratic character of unions and of the society within which they operate. For example, concerns about equality rights may impose a review of some union practices and even of specific provisions of labour agreements. (See C. Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué* (2001), at pp. 236 *et seq.*) It would be rash to attempt an exhaustive definition of all situations and cases where liberty interests falling within the scope of the negative right would have to be accommodated. Such liberty interests must, at least, be advanced, which was not the case in the courts below and in this Court.

The record supporting the appeal appears sketchy about the reasons why construction workers would object to belonging to a union. In the evidence introduced at trial before Judge Bonin, in the Court of Québec, the appellants offered a few witnesses. Most of them were either contractors or promoters, although a few construction workers gave evidence. In general, these witnesses voiced deep disagreement with the legislative and regulatory scheme in force in the Quebec construction industry. The employers affirmed that the rules governing employment and hiring prevented them from hiring whom they wanted. They also believed that the Office de la construction referred them incompetent workers. The construction workers complained about the absence of a right of free entry into the employment market. Some witnesses expressed their concern about the Quebec laws imposing strict professional certification on contractors and they expressed a preference for a freer regulatory environment.

No evidence was introduced about union practices that would impose values or opinions on their members. No evidence was offered about the internal life of construction unions or about the

syndicats au Québec ou ailleurs violent les valeurs démocratiques de notre société ainsi que les droits à la liberté et la liberté d'opinion et d'expression de leurs membres. Si les syndiqués expriment une telle préoccupation, il faut peut-être en tenir compte. Il peut alors devenir nécessaire de prendre une mesure d'accommodement pour protéger le caractère démocratique des syndicats et de la société dans laquelle ils agissent. Par exemple, le réexamen de certaines pratiques syndicales et même de dispositions précises de conventions collectives peut s'imposer, si les questions liées aux droits à l'égalité sont préoccupantes. (Voir C. Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué* (2001), p. 236 *et suiv.*) Il serait imprudent de tenter de dresser la liste des cas où il faut accommoder les droits à la liberté visés par le droit négatif. Ceux-ci doivent au moins être invoqués, ce qui n'a pas été le cas devant les cours d'instance inférieure et devant notre Cour.

Le dossier déposé au soutien du pourvoi n'explique pas clairement pourquoi les travailleurs de la construction refusent de se syndiquer. Dans le cadre de la preuve présentée au procès devant le juge Bonin, de la Cour du Québec, les appelants ont fait entendre quelques témoins, pour la plupart des entrepreneurs ou des promoteurs immobiliers. Quelques travailleurs de la construction ont aussi témoigné. En général, ces témoins ont exprimé leur désaccord profond relativement au régime législatif et réglementaire en vigueur pour l'industrie de la construction au Québec. Les employeurs ont affirmé que les règles régissant l'emploi et l'embauche les empêchaient d'embaucher qui ils voulaient. Ils estimaient aussi que l'Office de la construction leur envoyait des travailleurs incompetents. Les travailleurs de la construction se sont plaints de ne pouvoir entrer librement dans le marché du travail. Certains témoins ont dit regretter que les lois québécoises imposent une accréditation professionnelle stricte aux entrepreneurs et ils ont affirmé préférer un environnement réglementaire plus permissif.

On n'a présenté aucune preuve de pratiques syndicales imposant des valeurs ou des opinions aux membres. Aucun élément de preuve n'a été produit au sujet du fonctionnement interne des

constraints they might seek to impose upon members. There was no indication that free expression is limited by union activities of such a nature that forced association would trigger the guarantee of s. 2(d). The nature of a particular legislative or regulatory system, in an important part of the economy like the construction industry, may certainly be subject to criticisms or political discussions. Nevertheless, personal disagreements with the extent of a strict regulatory system do not suffice to mount a successful *Charter* challenge. It should now be clear that the mere fact of compelled association will not, by itself, involve a breach of the *Charter*. More is needed in order to trigger the negative component of s. 2(d).

M. *Evidence of Ideological Coercion*

224

May the Court presume ideological coercion from the fact that, at times, Quebec unions, like other groups, have advocated particular causes? They have expressed varying, and often conflicting, views on social, economic and political issues. Even amongst themselves, they have differed about the direction of society, its priorities and those of the labour movement. The existence of those orientations, nevertheless, does not mean that ideological, political or philosophical conformity was being imposed on Quebec construction workers and that this fact in itself triggers the negative right not to associate and hence a *prima facie* violation of s. 2(d) of the *Charter*.

225

In order to reach such a result, the Court would have to take judicial notice of the presumed ideological bent of Quebec unions. The Court would have to judicially notice that ideological orientations or the adoption of social and political causes within the union movement mean that a form of intellectual conformity is being imposed by unions on their members, and that the liberty interests of those members are being jeopardized. Judicial notice certainly has its place in constitutional adjudication. Recently, in *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R.

syndicats de la construction et au sujet des contraintes qu'ils pourraient chercher à imposer à leurs membres. Rien n'indiquait que la liberté d'expression était limitée par des activités syndicales d'une nature telle que l'association forcée entraînait l'application de la garantie de l'al. 2d). La nature d'un régime législatif ou réglementaire particulier régissant une partie importante de l'économie comme l'industrie de la construction peut certainement faire l'objet de critiques et de débats politiques. Toutefois, les désaccords personnels quant à la portée d'un régime réglementaire strict ne suffisent pas pour qu'une contestation fondée sur la *Charte* soit couronnée de succès. Il devrait maintenant être clair que la simple association forcée ne constitue pas en soi une violation de la *Charte*. Il en faut plus pour mettre en cause la composante négative de l'al. 2d).

M. *La preuve de pression idéologique*

Notre Cour peut-elle présumer la coercition idéologique du fait qu'à certaines occasions, les syndicats québécois, comme d'autres groupes, ont défendu certaines causes? Ils ont exprimé des opinions différentes, souvent opposées, sur des questions sociales, économiques et politiques. Même entre eux, ils ne s'entendent pas sur l'orientation que devrait prendre la société, sur ses priorités et sur celles du mouvement syndical. Ces orientations ne signifient pas toutefois qu'on a imposé la conformité idéologique, politique ou philosophique aux travailleurs de la construction du Québec et que ce fait entraîne automatiquement l'application du droit de non-association et, par conséquent, la violation, à première vue, de l'al. 2d) de la *Charte*.

Pour tirer une telle conclusion, il faudrait que notre Cour prenne connaissance d'office de la présumée tendance idéologique des syndicats québécois. Elle devrait prendre connaissance d'office du fait que les orientations idéologiques ou l'adoption de causes sociales et politiques au sein du mouvement syndical signifient que les syndicats imposent une forme de conformité intellectuelle à leurs membres et que les droits à la liberté de ces derniers sont menacés. La connaissance d'office joue certainement un rôle dans les décisions constitutionnelles.

863, 2001 SCC 32, McLachlin C.J. reflected on its role. The key to judicial notice which emerges in *Find* will be a distinction between facts and inferences to be drawn from these facts. In *Find*, the facts regarding sexual assault were uncontested and accepted by judicial notice, but the inferences from those facts on which the appellant sought to rely, namely, that they led to widespread bias against those accused of sexual assault, could not be judicially noticed (para. 86). (See also *Law, supra*, at paras. 77 and 79, per Iacobucci J.)

The fact that unions intervene in political social debate is well known and well documented and might be the object of judicial notice. Indeed, our Court acknowledged the importance of this role in the *Lavigne* case. Several ideological currents have criss-crossed the history of the Quebec labour movement. It was never unanimous about its direction, even about the need to enter the political arena or to involve itself in broader societal issues beyond the horizon of the bargaining unit. (See P. Verge and G. Murray, *Le droit et les syndicats: aspects du droit syndical québécois* (1991), at p. 225.) These authors underscore the weakness of the formal links between the Quebec unions and political parties (pp. 238-39). They add that it is impossible to determine whether union political positions had any real influence on their members (p. 239). More recent studies of voting attitudes seem to indicate that, in fact, Canadian unions exert very little influence on the voting behaviour of their members, as at least one Canadian political party, the New Democratic Party, has found repeatedly to its sorrow (see A. Blais et al., "Making Sense of the Vote in the 2000 Canadian Election", paper prepared for the Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, Quebec City, May 2001).

Taking judicial notice of the fact that Quebec unions have a constant ideology, act in constant

Récemment, dans *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, le juge en chef McLachlin s'est penchée sur ce rôle. L'élément principal de la connaissance d'office qui ressort de *Find* consiste dans la distinction entre les faits et les conclusions qu'il faut en tirer. Dans *Find*, les faits relatifs à l'agression sexuelle n'ont pas été contestés et ont été reconnus d'office, mais les conclusions tirées de ces faits sur lesquelles cherchait à s'appuyer l'appelant, à savoir que ceux-ci sont à l'origine d'un préjugé largement répandu contre les personnes accusées d'agression sexuelle, ne pouvaient pas faire l'objet de la connaissance d'office (par. 86). (Voir aussi *Law*, précité, par. 77 et 79, le juge Iacobucci.)

La participation des syndicats aux débats politiques et sociaux est un fait bien connu et bien documenté, et pourrait faire l'objet de la connaissance d'office. D'ailleurs, notre Cour a reconnu l'importance de ce rôle dans *Lavigne*. L'histoire du mouvement syndical au Québec est marquée par plusieurs courants idéologiques. Le mouvement syndical n'a jamais été unanime quant à l'orientation à prendre, même à propos de la nécessité d'entrer sur la scène politique ou de se prononcer sur des questions de société dépassant les intérêts de l'unité de négociation. (Voir P. Verge et G. Murray, *Le droit et les syndicats : aspects du droit syndical québécois* (1991), p. 225.) Ces auteurs soulignent la faiblesse des liens officiels entre les syndicats québécois et les partis politiques (p. 238-239). Ils ajoutent qu'il est impossible de déterminer si les positions politiques des syndicats ont exercé une influence réelle sur leurs membres (p. 239). Des études plus récentes sur l'attitude électorale des membres semblent indiquer qu'en fait, les syndicats canadiens influencent très peu leurs membres à cet égard, comme au moins un parti politique canadien, le Nouveau Parti Démocratique, l'a appris à ses dépens à maintes reprises (voir A. Blais et autres, « Making Sense of the Vote in the 2000 Canadian election », discours prononcé au congrès annuel de l'Association canadienne de science politique, Québec, mai 2001).

Prendre connaissance d'office du fait que les syndicats québécois ont une idéologie

226

227

support of a particular cause or policy, and seek to impose that ideology on their members seems far more controversial. It would require a leap of faith and logic, absent a proper factual record on the question. The assertion seems to rest on the tenuous line that, although we do not have any evidence to this effect, coercion on the individuals should be inferred from “ideological” trends present in the labour movement. This “fact” is unlike issues of notorious discrimination against certain groups in Canadian society, and unlike the disadvantage experienced by women and children after a divorce, both facts of which this Court has taken judicial notice (see *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, and *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670). In this case, it cannot be said that some form of politicization and ideological conformity which allegedly flows from the political and social orientation of the labour movement is self-evident. Instead, such views evidence stereotypes about the union movement as authoritarian and undemocratic, and conjure images of workers marching in lock step without any free choice or free will, under the watchful eyes of union bosses and their goon squads.

constante, appuient continuellement une cause ou une politique particulière et cherchent à imposer cette idéologie à leurs membres semble prêter beaucoup plus à controverse. Il faudrait, à cette fin, faire un acte de foi et sauter une étape logique, vu l’absence de preuve factuelle suffisante sur la question. L’affirmation semble reposer sur le raisonnement fragile selon lequel, même en l’absence de toute preuve à cet égard, nous devons conclure à l’existence d’une coercition, en raison de la présence de tendances « idéologiques » dans le mouvement syndical. Il faut distinguer ce « fait » de ces faits dont notre Cour a pris connaissance d’office, comme la discrimination notoire dont font l’objet certains groupes dans la société canadienne et les désavantages que subissent les femmes et les enfants après un divorce (voir *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, et *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670). On ne peut pas affirmer en l’espèce qu’il existe clairement une certaine forme de politisation et de conformité idéologique qui, tel qu’allégué, découlerait de l’orientation politique et sociale du mouvement syndical. Au contraire, de telles opinions démontrent l’existence de stéréotypes dépeignant le mouvement syndical comme autoritaire et non démocratique, et évoquent l’image de travailleurs marchant au pas, privés de la liberté de choix, sous l’œil vigilant des chefs syndicaux et de leurs escouades de fiers-à-bras.

228

In fact, democracy undergirds the particular form of union security provided for by the *Construction Act*. Throughout the conflicts and difficulties that marred the history of the construction industry, a critical flaw of the regime appeared to be the lack of participation in the life of unions and the need to reestablish and maintain member control over their affairs. While it also facilitated the evaluation of the representativeness of the unions, the obligation to choose and join a union answered this critical need in a way that a different union security arrangement, like the Rand Formula, would not have addressed. The dues check-off scheme, like the Rand formula, disposes of the free rider problem, but the employee remains outside the life of the union. In other security arrangements, a member may choose to remain aloof and refrain from attending meetings, voting for union officers

En fait, la démocratie sous-tend la forme particulière de sécurité syndicale prévue dans la *Loi sur la construction*. Tout au long des conflits et des difficultés qui ont marqué l’histoire de l’industrie de la construction, une lacune fondamentale du régime parut être l’absence de participation des membres dans la vie syndicale et la nécessité de rétablir et de maintenir leur influence sur les affaires syndicales. Bien qu’elle ait aussi facilité l’évaluation de la représentativité des syndicats, l’obligation de choisir un syndicat et d’y adhérer a répondu à ces besoins essentiels d’une manière que n’auraient pas permis d’autres dispositions de sécurité syndicale, comme la formule Rand. Le régime de prélèvement des cotisations syndicales règle à l’instar de la formule Rand le problème du resquilleur, mais le salarié ne participe pas à la vie syndicale. Selon d’autres clauses de sécurité syndicale, un membre

and taking part in discussions. Affiliation means that he or she has, at least, gained the ability to influence the life of the association whether or not he or she decides to exercise this right.

In the case of the construction unions, a heightened degree of participation in the life of the associations appeared necessary in order to foster union democracy. At the same time, the legislative formula left workers a choice among the various groups active in the construction industry. These groups had held widely different views on the role of labour unions in society. Their orientations represented a broad spectrum of opinions, both about the orientation of society and about the functions of unions. The legislative solution represented an answer to some of the pressing problems that the Quebec construction industry had been confronted with during several years. The degree of relative peace and equilibrium reached by the time the present case started bears witness to the basic soundness of this legislative choice, which expresses a deep concern for democratic values. One might think that an absolute right to withdraw at will, even with payment of service fees for unions, would not preserve and develop the internal democracy of union groups in the same manner. It would deprive the dues-paying worker of any influence on the life of the union and on the determination of working conditions meant to be extended to the entire industry or a sector thereof, as rules of public order.

Union members seem to act very independently from their union when it comes to the expression of their political choices and, even more so, to their voting preferences, come election time. Existence of attempted ideological conformity, let alone its realization, seems highly doubtful. In addition, in Quebec, the labour movement faces particular constraints flowing from the strict legislation on the financing of political parties and referendums. The *Election Act*, R.S.Q., c. E-3.3, forbids contributions by persons other than electors which, by definition, are not corporations, unions or associations: J. P. Boyer, *Money and Message: The Law Governing*

peut décider de se tenir à l'écart et de s'abstenir de participer aux réunions, d'élire les dirigeants syndicaux et de prendre part aux discussions. L'appartenance signifie que le membre a au moins la capacité d'influencer la vie de l'association, qu'il décide ou non d'exercer ce droit.

Dans le cas des syndicats de la construction, un plus haut niveau de participation dans la vie des associations a paru nécessaire pour favoriser la démocratie syndicale. Toutefois, le législateur a laissé aux travailleurs le choix entre les divers groupes actifs dans l'industrie de la construction. Ces groupes avaient eu des opinions fort divergentes sur le rôle des syndicats dans la société. Ils exprimaient une vaste gamme d'opinions, tant sur l'orientation de la société que sur les fonctions des syndicats. La solution du législateur répondait à certains des problèmes urgents auxquels faisait face l'industrie de la construction du Québec depuis plusieurs années. La paix et l'équilibre relatifs atteints au début du présent litige témoignent du gros bon sens de ce choix législatif, qui dénote une préoccupation profonde pour les valeurs démocratiques. On pourrait penser qu'un droit absolu de se retirer quand on veut, même assorti de l'obligation de verser des frais de service aux syndicats, ne préserverait pas et n'améliorerait pas de la même manière la démocratie interne des groupes syndicaux. Ce droit priverait le travailleur-cotisant de toute influence sur la vie syndicale et sur la détermination des conditions de travail destinées à être étendues à l'ensemble de l'industrie ou à un secteur de celle-ci en tant que règles d'ordre public.

Les syndiqués semblent agir très indépendamment de leur syndicat quand il s'agit d'exprimer leurs choix politiques et surtout de voter aux élections. Il semble fort douteux qu'on ait tenté d'imposer une conformité idéologique et encore plus douteux qu'on y soit parvenu. En outre, au Québec, le mouvement syndical est soumis à des restrictions particulières dues aux dispositions législatives strictes sur le financement des partis politiques et des référendums. La *Loi électorale*, L.R.Q., ch. E-3.3, interdit les contributions de la part des personnes autres que les électeurs, qui, par définition, ne sont pas des sociétés, des syndicats ou des associations:

229

230

Election Financing, Advertising, Broadcasting and Campaigning in Canada (1983), at pp. 219-40. The same limitations apply under the *Referendum Act*, R.S.Q., c. C-64.1. (See also *Libman*, *supra*.)

J. P. Boyer, *Money and Message : The Law Governing Election Financing, Advertising, Broadcasting and Campaigning in Canada* (1983), p. 219-240. Les mêmes restrictions s'appliquent en vertu de la *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., ch. C-64.1. (Voir également *Libman*, précité.)

231

In this context, there is simply no evidence to support judicial notice of Quebec unions ideologically coercing their members. Such an inference presumes that unions hold a single ideology and impose it on their rank and file, including the complainants in this case. Such an inference would amount to little more than an unsubstantiated stereotype.

Dans ce contexte, aucun élément de preuve ne justifie le recours à la connaissance d'office du fait que les syndicats québécois exercent une coercition idéologique sur leurs membres. Une telle conclusion présume que les syndicats adhèrent à une seule idéologie et qu'ils l'imposent à leurs membres de la base, y compris les plaignants en l'espèce. Elle n'équivaudrait à rien de plus qu'un stéréotype sans fondement.

232

The appellants have based their case on the notion of some absolute right to refuse to associate and on their strong disagreement with the complex and extensive regulatory system governing the construction industry in Quebec. However, they presented no evidence that the legislation imposes a form of ideological conformity or threatens a liberty interest protected by the *Charter*, which is necessary to infringe the right not to associate under s. 2(d). The evidence does not even indicate whether unions are engaged in causes and activities that the appellants disapprove of. It is not a subject where judicial knowledge could and should replace proper evidentiary records unless the fact of joining a union would be, of itself, evidence of a particular ideological bent. One would have to presume that, because Quebec unions, as well as many other groups, take positions on social, economic and political issues, they impose an ideological coercion on their members or, in some way, impair the liberty interests protected by the *Charter*. The well-known fact of trade union participation in public life in Canada does not demonstrate that every union worker joining a union under a union security arrangement should be considered *prima facie* a victim of a breach of the *Charter*. After all, in *Lavigne*, our Court has accepted that the participation of labour unions in public life is an important aspect of their societal role. The application of the negative right not to associate may not rest on a generalized suspicion

Les appelants ont fondé leur cause sur la notion d'un droit absolu de refuser de s'associer et sur leur désaccord profond relativement au régime réglementaire vaste et complexe qui régit l'industrie de la construction au Québec. Ils n'ont toutefois présenté aucun élément de preuve confirmant que la loi impose une forme de conformité idéologique ou menace un droit à la liberté protégé par la *Charte*, ce qui est nécessaire pour établir une atteinte au droit de non-association garanti par l'al. 2d). La preuve n'indique même pas si les syndicats participent à des causes et à des activités que les appelants désapprouvent. Il ne s'agit pas d'un sujet sur lequel la connaissance judiciaire pourrait et devrait remplacer la preuve appropriée au dossier, sauf si le fait d'adhérer à un syndicat constituait en soi la preuve d'une orientation idéologique particulière. Il faudrait présumer qu'étant donné que des syndicats québécois, de même que de nombreux autres groupes, prennent des positions sur des questions sociales, économiques et politiques, ils exercent une coercition idéologique sur leurs membres ou portent atteinte d'une certaine façon aux droits à la liberté que protège la *Charte*. Le fait bien connu que les syndicats participent à la vie publique au Canada ne démontre pas que chaque travailleur adhérant à un syndicat en vertu d'une disposition de sécurité syndicale devrait être considéré à première vue comme étant victime d'une violation de la *Charte*. Après tout, dans *Lavigne*, notre Cour convient que la participation

of the nature of unions and their management or internal life. Nor should the right of association be viewed primarily as an empty shell devoid of any positive or substantive meaning. Ironically, if another view prevails, what would be left in the *Charter*, at least in the field of labour relations, would be essentially a negative freedom not to associate. It would be used to deprive, inasmuch as possible, associations of workers of their effectiveness in the workplace and of their influence in society.

N. *The Impugned Legislation*

Although, as noted above, the mobility rights issue was clearly left out by the parties and by the legal questions raised in this appeal, nevertheless, some comments appear in order, given the views expressed by Bastarache J. This issue underscores the dangers of constitutional adjudication, based essentially on conjectures about the effect of the legislation, in the absence of a proper factual foundation. One such danger is that by considering an issue neither put before the lower courts nor part of the stated questions for this Court, the *mis en cause* Attorney General may be prejudiced. I will also return to this point in the discussion of the s. 1 *Charter* justification.

The structure of the work force in the Quebec construction industry has had an impact on the mobility problem. Before and during the period of implementation of the present labour relations regime, the conflict between workers staying and working in a region and those often moving from site to site throughout the province, more particularly in specialized crafts, caused much of the violence which occurred in the 1960s and 1970s on construction sites. Given the high rate of instability of the work force, concerns about the pro-

des syndicats à la vie publique constitue un aspect important de leur rôle dans la société. On ne peut pas appliquer le droit négatif de non-association sur la foi de soupçons généralisés quant à la nature des syndicats et à leur gestion ou leur fonctionnement interne. Il ne faut pas non plus réduire, essentiellement, le droit d'association à un noyau vide, dénué de tout sens positif ou substantiel. Ironiquement, si une autre opinion l'emportait, il ne resterait essentiellement dans la *Charte*, du moins en matière de relations du travail, qu'une liberté négative de non-association. On y recourrait, dans la mesure du possible, pour priver les associations de travailleurs de leur efficacité en milieu de travail et de leur influence dans la société.

N. *Les dispositions législatives contestées*

Même si, comme je l'ai indiqué précédemment, il est clair que les parties n'ont pas traité de la question de la liberté de circulation et d'établissement et que celle-ci ne figure pas dans les questions soulevées dans le présent pourvoi, il m'apparaît opportun de faire quelques observations à cet égard étant donné les opinions que le juge Bastarache a exprimées. Cette question met en évidence les dangers que présentent les jugements constitutionnels fondés essentiellement sur des conjectures quant à l'effet de la loi, en l'absence de fondement factuel valable. Par exemple, l'examen d'une question qui n'a pas été soumise aux cours d'instance inférieure et qui ne fait pas partie des questions énoncées devant notre Cour risque de causer préjudice au procureur général mis en cause. Je reviens également sur ce point dans l'analyse de la justification relative à l'article premier de la *Charte*.

La structure de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction du Québec a eu des répercussions sur le problème de la circulation et de l'établissement. Avant et pendant la période de mise en œuvre du régime de relations du travail actuel, le conflit entre les travailleurs qui habitent et travaillent dans une région et ceux qui se déplacent souvent d'un chantier à l'autre partout dans la province, surtout dans les métiers spécialisés, est à l'origine d'une bonne partie de la violence qui a eu lieu dans les années 60 et 70 sur les chantiers de

233

234

tection of “true construction workers” led to a search for a form of seniority or, at least, regional preference.

235

The Commission de la construction has regularly analysed the nature and composition of the work force in its yearly analysis of the Quebec construction industry. Some of these analyses may be found in the Record of the Attorney General. From the 1992 report, it appears that around 100,000 workers had been employed in the industry. Four-fifths of them were either qualified or specialized workers and apprentices. The report noted a high rate of departure from and entries into the industry, as well as a very significant rate of geographical mobility:

[TRANSLATION] The temporary nature of the employment generated by business cycles, the seasonal climate and employee turnover requires significant mobility on the part of the work force. This mobility, which is the second characteristic of the construction industry, occurs from one job site to another, from one employer to another and even from one region to another.

(*Analyse de l'industrie de la construction au Québec 1992, supra*, at p. 29)

236

From the report of the Commission, it appears that the work pool system does not substantially impair mobility between regions, when the need arises. Also, the evidence does not support the view that a wall has been built between Quebec and other provinces. Moreover, such concerns have largely been addressed by political and legal developments in the industry since 1991. The intervenor Commission de la construction asserts in its factum, at p. 10, that the requirement of a domicile does not allow workers from outside Quebec to vote for the purpose of assessing union representativeness, but did not prevent workers from taking jobs in Quebec, provided they obtained a competency certificate and opted for one of the five union groups while working in Quebec. Also, it should be noted that the requirement of a domicile in Quebec, in s. 30, was removed by the *Act to amend the Act Respecting*

construction. Vu le taux élevé d'instabilité de la main-d'œuvre, les préoccupations relatives à la protection des « vrais travailleurs de la construction » ont mené à la recherche de droits d'ancienneté ou, du moins, d'un traitement préférentiel régional.

Dans chaque analyse annuelle de l'industrie de la construction au Québec, la Commission de la construction étudie la nature et la composition de la main-d'œuvre. Le dossier du procureur général contient certaines de ces analyses annuelles. Il ressort du rapport de 1992 qu'environ 100 000 personnes travaillaient dans l'industrie. Les quatre cinquièmes d'entre eux étaient des travailleurs qualifiés ou spécialisés et des apprentis. Le rapport indique un taux élevé de va-et-vient dans l'industrie et un taux très élevé de mobilité géographique :

Cette nature temporaire de l'emploi, engendrée par les cycles économiques, le climat saisonnier et le roulement des travailleurs, exige une grande mobilité de la part de la main-d'œuvre, deuxième caractéristique propre à l'industrie de la construction. Cette mobilité s'exerce d'un chantier à l'autre, d'un employeur à l'autre et même d'une région à l'autre.

(*Analyse de l'industrie de la construction au Québec 1992, op. cit.*, p. 29)

Selon le rapport de la Commission, le système de réserve de main-d'œuvre ne compromet pas substantiellement la mobilité de la main-d'œuvre entre les régions, en cas de besoin. En outre, la preuve n'appuie pas l'opinion qu'un mur a été érigé entre le Québec et les autres provinces. L'évolution politique et juridique que connaît l'industrie depuis 1991 a répondu en grande partie aux préoccupations de ce genre. L'intervenante la Commission de la construction affirme, à la p. 10 de son mémoire, que l'exigence de domicile ne permet pas aux travailleurs de l'extérieur du Québec de voter aux fins de la détermination de la représentativité syndicale, mais qu'elle ne les empêche pas de travailler au Québec pourvu qu'ils soient titulaires d'un certificat de compétence et qu'ils soient membres de l'un des cinq groupes syndicaux. Il faut également souligner que l'obligation d'être domicilié au Québec,

Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry and other legislative provisions, S.Q. 1993, c. 61, s. 15(3).

A changing approach led to agreements with other provinces which intended to address the problems of work force mobility and the transferability of contractors' licences. See, for example, É. Dunberry, "Les ententes de libéralisation des marchés", in Ogilvy Renault, *La construction au Québec: perspectives juridiques* (1998), 45. The author notes that after the conclusion of an agreement between Ontario and Quebec, the National Assembly amended the *Construction Act* and other laws and regulations, S.Q. 1995, c. 8. These agreements dealt directly with interprovincial mobility problems (at p. 62):

[TRANSLATION] The amendments removed the requirement that a contractor maintain a place of business in Quebec and enabled the journeyman apprentice or the apprentice from another province to work in any region in Quebec of his or her choosing.

See also pp. 72-73.

The work pool system does not appear to have been an inflexible mechanism that created an impenetrable wall in the industry. If it was a wall, the statistics seem to point to a conclusion that it has proven rather porous. A substantial potential for mobility has now been built into it.

O. *Policy Considerations*

The question at stake in this appeal should thus be left to the political process. Such a solution would be consistent with the jurisprudential attitude of the Court that was summarized above. It retains a balance in the application of the *Charter*. It leaves the legal management of labour relations to Parliament and legislatures as well as to the parties to labour agreements, as the majority of the Court has held consistently since the labour law trilogy of 1987. The management of labour relations requires

prévue à l'art. 30, a été supprimée par la *Loi modifiant la Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction et modifiant d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1993, ch. 61, par. 15(3).

Une attitude différente a mené à la conclusion d'ententes avec d'autres provinces afin de résoudre les problèmes de mobilité de la main-d'œuvre et de transférabilité des permis des entrepreneurs. Voir, par exemple, É. Dunberry, « Les ententes de libéralisation des marchés », dans Ogilvy Renault, *La construction au Québec : perspectives juridiques* (1998), 45. L'auteur souligne qu'après la conclusion d'une entente entre l'Ontario et le Québec, l'Assemblée nationale a modifié la *Loi sur la construction* ainsi que d'autres lois et règlements, L.Q. 1995, ch. 8. Ces ententes portaient directement sur les problèmes de mobilité interprovinciale (à la p. 62) :

Les modifications effectuées ont permis de supprimer l'obligation pour un entrepreneur de détenir une place d'affaires au Québec et de permettre au compagnon ou à l'apprenti d'une autre province de travailler dans une région du Québec de son choix.

Voir aussi p. 72-73.

Il ne semble pas que le système de réserve de main-d'œuvre ait été un mécanisme rigide ayant créé des murs imperméables dans l'industrie. En effet, si tel avait été le cas, les murs semblent plutôt poreux, à en croire les statistiques. Ils comportent maintenant des ouvertures qui permettent la mobilité de la main-d'œuvre.

O. *Considérations de principe*

Il faut donc laisser au processus politique le soin de régler la question en jeu dans le pourvoi. Une telle solution serait conforme à l'attitude jurisprudentielle de notre Cour qui a été résumée précédemment. Elle conserve l'équilibre dans l'application de la *Charte*. Elle laisse la gestion légale des relations du travail au Parlement et aux législatures de même qu'aux parties aux conventions collectives, comme les juges majoritaires de notre Cour le concluent continuellement depuis la trilogie de 1987

237

238

239

a delicate exercise in reconciling conflicting values and interests. The relevant political, social and economic considerations lie largely beyond the area of expertise of courts. This limited and prudent approach to court interventions in the field of labour relations reflects a proper understanding of the functions of courts and legislatures. In the application of the *Charter*, it also avoids characterizing any kind of governmental action in support of human rights as a *prima facie* infringement of the *Charter* that would have to be justified under s. 1.

P. *Comparative Law Aspects*

240

In the *Lavigne* case, after considering the experience of the United States and Europe, the Court rejected the path taken by American jurisprudence and by some judgments of the European Court of Human Rights. It found that the nature of the constitutional guarantee of freedom of association found in the *Charter* and the particular Canadian experience in the field of labour relations warranted a different approach and distinct solutions.

241

In their pleadings, the appellants put great emphasis on a comparative law argument based on American jurisprudence and on their interpretation of European case law. I will now turn briefly to this comparative law argument. I will first consider the American jurisprudence and then some European case law.

(1) American Jurisprudence

242

As explained by Dickson C.J. in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, at pp. 344 *et seq.*, the American Constitution does not explicitly protect the freedom of association. This right is seen as primarily derived from the First Amendment, which provides:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the

en droit du travail. La gestion des relations du travail exige un exercice délicat de conciliation des valeurs et intérêts divergents. Les considérations politiques, sociales et économiques pertinentes débordent largement du domaine d'expertise des tribunaux. Cette démarche restrictive et prudente en matière d'intervention des tribunaux dans le domaine des relations du travail reflète une bonne compréhension des fonctions des tribunaux et de celles des législatures. Dans l'application de la *Charte*, elle évite également que tout genre d'action gouvernementale visant la protection des droits de la personne soit considérée, à première vue, comme une violation de la *Charte* qui doit être justifiée aux termes de l'article premier.

P. *Le droit comparé*

Dans *Lavigne*, après avoir examiné l'expérience des États-Unis et de l'Europe, notre Cour a rejeté la voie empruntée par la jurisprudence américaine et par certains jugements de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle a conclu que la nature de la garantie constitutionnelle de liberté d'association figurant dans la *Charte* et l'expérience canadienne particulière en matière de relations du travail justifient une démarche et des solutions différentes.

Dans leurs actes de procédure, les appelants insistent beaucoup sur un argument de droit comparé fondé sur la jurisprudence américaine et sur leur interprétation de la jurisprudence européenne. J'aborde maintenant brièvement cet argument de droit comparé. J'examine d'abord la jurisprudence américaine, puis certaines décisions européennes.

(1) La jurisprudence américaine

Comme l'explique le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, p. 344 et suiv., la Constitution américaine ne protège pas expressément la liberté d'association. Ce droit est considéré comme étant dérivé essentiellement du Premier amendement, qui prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement d'une religion ou en interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de

press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

The United States Supreme Court has also cited the liberty and due process clauses of the Fifth and the Fourteenth Amendments and even the Ninth Amendment in generating a constitutional freedom to associate. Nevertheless, the source of the right to associate was usually to be found in the First Amendment, as a corollary of freedom of speech.

While the United States Supreme Court has been willing to recognize a right not to associate, also based on the rights of free speech and belief, the history of its jurisprudence shows that the court has not invalidated every form of compelled association. It has attempted to draw a distinction between traditional union functions and political activities and has sought to protect the right of individual members to restrict the use of their dues in respect of causes they disapprove of. A more exhaustive review of this jurisprudence would not be useful, and I will only outline its most important features.

The Supreme Court refused to invalidate the provisions of a state constitution that restrained or prohibited some forms of closed shop or union shop (*Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.*, 335 U.S. 525 (1949); *American Federation of Labor v. American Sash & Door Co.*, 335 U.S. 538 (1949)). On the other hand, the court found that the provisions of the *Railway Labour Act* which authorized a form of union shop did not infringe the First Amendment, absent evidence that it deprived employees of their freedom of thought and conscience: *Railway Employes' Department v. Hanson*, 351 U.S. 225 (1956), at p. 238.

In a later case, it held that the compulsory withholding of union dues from wages was only a device to compel otherwise "free riders" to share in the cost of negotiating and administering collective agreements. Yet such compulsory

la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre.

La Cour suprême des États-Unis a aussi cité les clauses relatives à la liberté et à l'application régulière de la loi que contiennent les Cinquième et Quatorzième amendements et même le Neuvième amendement, comme sources du droit constitutionnel à la liberté d'association. Cependant, le fondement du droit de s'associer se trouvait généralement dans le Premier amendement, en tant que droit corrélatif à la liberté d'expression.

Bien que la Cour suprême des États-Unis se soit montrée disposée à reconnaître l'existence du droit de ne pas s'associer, également fondé sur la liberté d'expression et de croyance, sa jurisprudence démontre qu'elle n'a pas déclaré invalides toutes les formes d'association forcée. Elle cherche à faire la distinction entre les fonctions syndicales traditionnelles et les activités politiques, et à protéger le droit de chaque membre d'empêcher l'utilisation de ses cotisations pour des causes qu'il désapprouve. Il ne serait pas utile d'examiner de façon plus exhaustive cette jurisprudence, et je ne fais qu'en exposer les éléments les plus importants.

La Cour suprême a refusé de déclarer invalides les dispositions de la Constitution d'un État qui restreignaient ou interdisaient certaines formes d'atelier fermé ou d'atelier syndical (*Lincoln Federal Labor Union c. Northwestern Iron & Metal Co.*, 335 U.S. 525 (1949); *American Federation of Labor c. American Sash & Door Co.*, 335 U.S. 538 (1949)). D'autre part, elle a décidé que les dispositions de la *Railway Labour Act* autorisant une forme d'atelier fermé ne violaient pas le Premier amendement en l'absence de preuve qu'elles privent les employés de leur liberté de pensée et de conscience : *Railway Employes' Department c. Hanson*, 351 U.S. 225 (1956), p. 238.

Dans une affaire ultérieure, elle a conclu que le prélèvement des cotisations syndicales sur les salaires ne représentait qu'un moyen de forcer les éventuels « resquilleurs » à assumer leur part du coût de la négociation et de l'application des conven-

243

244

245

246

dues should not be used to compel employees to support causes that they oppose: *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961). (See also *Brotherhood of Railway and Steamship Clerks v. Allen*, 373 U.S. 113 (1963).) In *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977), the Supreme Court revisited the problem of the relationship between compelled union support and the guarantee of freedom of speech and opinion. On this occasion, it examined the validity and effect of an agency-shop clause similar to the Rand formula whereby every employee represented by the union, whether he or she had joined it or not, had to pay it a service fee equal to union dues. A group of employees objected to the enforcement of this provision. In their view, such a provision deprived them of their freedom of association protected by the First Amendment. They asserted that they were opposed to the payment of union dues to unions as well as to collective bargaining in the public sector and objected to various social and political activities carried on by their union. A majority of the Supreme Court held that the obligation to join the union was constitutionally justified "by the legislative assessment of the important contribution of the union shop to the system of labour relations established by Congress" (p. 222, *per* Stewart J.). Union dues could be exacted as long as they were used for collective bargaining, contract administration and grievance-adjustment purposes. Beyond that, the obligation to contribute to causes that members disapproved of violated their freedoms of association, speech and belief protected by the First Amendment.

tions collectives. Les cotisations syndicales obligatoires ne devaient toutefois pas servir à obliger les employés à appuyer des causes auxquelles ils s'opposent : *International Association of Machinists c. Street*, 367 U.S. 740 (1961). (Voir également *Brotherhood of Railway and Steamship Clerks c. Allen*, 373 U.S. 113 (1963).) Dans *Abood c. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977), la Cour suprême a réexaminé le problème de la relation entre le soutien forcé au syndicat et la garantie de liberté d'expression et d'opinion. À cette occasion, elle a examiné la validité et l'effet d'une clause de précompte syndical généralisé semblable à la formule Rand, selon laquelle tout employé représenté par le syndicat, qu'il y ait adhéré ou non, devait lui verser des frais de service égaux aux cotisations syndicales. Un groupe d'employés s'est opposé à l'application de cette disposition. Selon eux, une telle disposition les privait de la liberté d'association qui leur est garantie par le Premier amendement. Ils ont affirmé être opposés au versement de cotisations syndicales de même qu'à la négociation collective dans le secteur public et se sont opposés à diverses activités sociales et politiques auxquelles se livrait leur syndicat. Les juges majoritaires de la Cour suprême ont conclu que l'obligation de se syndiquer était justifiée sur le plan constitutionnel [TRADUCTION] « par l'évaluation par le législateur de la contribution importante de la clause d'atelier syndical au régime des relations du travail établi par le Congrès » (p. 222, le juge Stewart). Les cotisations syndicales pouvaient être perçues dans la mesure où elles étaient utilisées pour la négociation collective, l'application des conventions et le règlement des griefs. Sauf pour ces fins, l'obligation de contribuer à des causes que les membres désapprouvaient violait leurs libertés d'association, d'expression et de croyance protégées par le Premier amendement.

247

Since *Abood*, a recurrent problem in the application of union-agency clauses has remained the proper delineation between core union functions and more peripheral activities, as dues may be collected from unwilling employees only for the traditional collective bargaining purposes. This analysis has required the creation of subtle distinctions within the broad range of possible union activities.

Depuis l'arrêt *Abood*, le problème qui se pose constamment dans l'application de clauses de précompte syndical généralisé a toujours été la démarcation entre les fonctions syndicales essentielles et les activités accessoires, car des cotisations ne peuvent être perçues auprès des employés récalcitrants que pour la négociation collective traditionnelle. Cette analyse a exigé l'établissement de distinc-

Dissenting employees are now entitled to a procedure that mitigates the infringement of their First Amendment rights by preventing the use of their contributions for impermissible purposes (see *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline & Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984); *Chicago Teachers Union, Local No. 1 v. Hudson*, 475 U.S. 292 (1986); *Communications Workers of America v. Beck*, 487 U.S. 735 (1988); *Lehnert v. Ferris Faculty Association*, 500 U.S. 507 (1991)).

This Court has already chosen to diverge from the American approach taken to the right not to associate. Unlike in the United States, the *Lavigne* case held that a statutory system which allows for compulsory union dues is justified, even when the union spends the money for causes other than “traditional” union purposes, and even when some dues payers oppose some of the causes supported.

(2) The Jurisprudence of the European Court of Human Rights

My colleague Bastarache J. relies on the text of several international instruments to support the wide scope he gives to the negative freedom to not associate. An examination of the judicial interpretation of one of these instruments indicates that a negative right has been adopted but with limits. The appellants also invoked a number of judgments of the European Court of Human Rights. Like the *Charter*, the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* affirms the existence of a broad right of association without expressly acknowledging the presence of a negative mirror component.

Article 11

(1) Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

(2) No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and

tions subtiles au sein de la vaste gamme d'activités syndicales possibles. Les employés dissidents ont maintenant droit à une procédure qui atténue l'atteinte aux droits qui leur sont garantis par le Premier amendement en interdisant l'utilisation de leurs cotisations à des fins non permises (voir *Ellis c. Brotherhood of Railway, Airline & Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984); *Chicago Teachers Union, Local No. 1 c. Hudson*, 475 U.S. 292 (1986); *Communications Workers of America c. Beck*, 487 U.S. 735 (1988); *Lehnert c. Ferris Faculty Association*, 500 U.S. 507 (1991)).

Notre Cour a déjà choisi d'adopter une conception différente de celle des États-Unis quant au droit de ne pas s'associer. Contrairement à ce qui s'est passé aux États-Unis, notre Cour a conclu dans *Lavigne* qu'un régime législatif autorisant le prélèvement obligatoire des cotisations syndicales est justifié, même lorsque le syndicat dépense l'argent pour des fins autres que les fins syndicales « traditionnelles » et que des cotisants s'opposent à certaines des causes appuyées.

(2) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Mon collègue le juge Bastarache se fonde sur plusieurs instruments internationaux pour donner une interprétation large à la liberté négative de ne pas s'associer. L'examen de l'interprétation judiciaire de l'un d'eux indique l'adoption d'un droit négatif comportant toutefois des restrictions. Les appelants ont également invoqué des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Comme la *Charte*, la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* affirme l'existence d'un vaste droit d'association sans reconnaître expressément la présence d'une composante négative corrélative.

Article 11

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi,

248

249

are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.

250

Nevertheless, despite this silence of the Convention, since *Young, James and Webster*, Eur. Court H.R., judgment of 13 August 1981, Series A No. 44, the European Court has moved towards a recognition of the right not to associate as a necessary component of the guarantee of freedom of association under art. 11(1) of the Convention. In this case, in the opinion of the court, a union shop arrangement which imposed ideological conformity under the threat of dismissal from employment infringed art. 11 of the Convention and was not held to be justifiable. The court, nevertheless, held that not all forms of compelled association were inconsistent with art. 11. For example, a public interest law compelling doctors to join a professional regulatory body did not engage the guarantee of freedom of association (*Le Compte, Van Leuven and De Meyere*, Eur. Court H.R., judgment of 23 June 1981, Series A No. 43). In *Sigurjónsson v. Iceland*, Eur. Court H.R., judgment of 30 June 1993, Series A No. 264, the court clearly accepted that a right not to associate should be read into the guarantee of art. 11(1). In that case, it found that the legislative obligation to join a taxi-driver's union infringed the guarantee of freedom of association. It viewed this compulsion as a violation of the freedom of opinion of the complainant. On the other hand, the court held that art. 11 did not grant an employer the right to refuse to enter into a collective agreement as required by the relevant national legislation (*Gustafsson v. Sweden*, Eur. Court H.R., judgment of 25 April 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II). In a recent judgment, outside the sphere of labour relations, an obligation to join hunter associations under a French law was declared invalid. On this occasion, the court reasserted the existence of the negative component of the guarantee of freedom of association (*Chassagnou and Others v. France*

constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État.

Néanmoins, en dépit de ce silence de la Convention, depuis la décision rendue dans *Young, James et Webster*, Cour eur. D.H., arrêt du 13 août 1981, série A n° 44, la jurisprudence de la Cour européenne a reconnu graduellement le droit de non-association en tant que composante nécessaire de la liberté d'association garantie par le par. 11(1) de la Convention. La cour était d'avis dans cette affaire qu'une clause d'atelier syndical imposant la conformité idéologique par la menace du congédiement violait l'art. 11 de la Convention et n'était pas justifiable. Elle a néanmoins conclu que les formes d'association forcée n'étaient pas toutes incompatibles avec l'art. 11. Par exemple, une loi d'intérêt public obligeant les médecins à adhérer à une corporation professionnelle n'entraîne pas l'application de la garantie de liberté d'association (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, Cour eur. D.H., arrêt du 23 juin 1981, série A n° 43). Dans *Sigurjónsson c. Islande*, Cour eur. D.H., arrêt du 30 juin 1993, série A n° 264, la cour a clairement accepté que le droit de ne pas s'associer devait être interprété comme étant visé par la garantie du par. 11(1). Dans cette affaire, elle a conclu que l'obligation, prescrite par la loi, d'adhérer à un syndicat de chauffeurs de taxi portait atteinte à la garantie de liberté d'association. Elle a considéré cette obligation comme une violation de la liberté d'opinion du plaignant. D'autre part, elle a estimé que l'art. 11 ne conférait pas à l'employeur le droit de refuser de conclure une convention collective alors que la loi nationale pertinente l'exigeait (*Gustafsson c. Suède*, Cour eur. D.H., arrêt du 25 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II). Dans un récent jugement ne portant pas sur le domaine des relations du travail, l'obligation d'adhérer à des associations de chasseurs prévue par une loi française a été déclarée invalide. À cette occasion, la cour a réaffirmé l'existence de la composante

[GD], Nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, ECHR 1999-III).

It must be understood, as well, that the European Convention is applied in a legal environment that reflects a different history of labour relations than in Canada or Quebec, in particular. The structures and methods of collective bargaining, the patterns of union organization and their status within the enterprise all differ deeply from the Canadian experience in the development of labour law and the management of labour relations. These labour systems may reject the principle of monopoly representation by a particular union or forms of union security like the union shop and the compulsory check off of union dues. On the other hand, the right to strike may be affirmed by the constitution itself, as in France. (See A. Mazeaud, *Droit du travail* (2nd ed. 2000), at pp. 204-5.) Many European nations recognize the broad societal role which unions play, and have entrenched union rights to participate in the management of private commercial and industrial enterprises. (See M. Weiss, "Workers' Participation in the European Union", in P. Davies et al., eds., *European Community Labour Law: Principles and Perspectives* (1996), 213; B. Bercusson, *European Labour Law* (1997), at pp. 248-61.) The labour laws of a country evidence a social and political compromise about the place of unions in that society and the proper balance between unions and employers. Thus, interesting as it may be, the consideration of European jurisprudence is not determinative, although it confirms an interpretation whereby a limited right to refuse to associate should be read into s. 2(d) of the *Charter*.

Q. *The Justification of the Limitation*

In the present case, the appellants have not made out a case that the challenged legislation establishes a form of ideological conformity that would trigger the application of s. 2(d). Moreover,

négative de la garantie de liberté d'association (*Chassagnou et autres c. France* [GC], n^{os} 25088/94, 28331/95 et 28443/95, CEDH 1999-III).

Il faut aussi comprendre que la Convention européenne est appliquée dans un environnement juridique qui reflète une histoire des relations du travail différente de celle du Canada et, en particulier, du Québec. Les régimes et méthodes de négociation collective, les modes d'organisation syndicale ainsi que le statut des syndicats au sein de l'entreprise diffèrent complètement de l'expérience canadienne, du développement du droit du travail et de la gestion des relations du travail. Ces régimes de relations du travail rejettent peut-être le principe du monopole syndical en matière de représentation ou certaines formes de sécurité syndicale, comme l'atelier syndical et le prélèvement obligatoire des cotisations syndicales. Par contre, le droit de grève peut être confirmé par la constitution elle-même, comme en France. (Voir A. Mazeaud, *Droit du travail* (2^e éd. 2000), p. 204-205.) De nombreuses nations européennes reconnaissent le vaste rôle social des syndicats et ont enchâssé leur droit de participation à la gestion d'entreprises privées commerciales et industrielles. (Voir M. Weiss, « Workers' Participation in the European Union », dans P. Davies et autres, dir., *European Community Labour Law : Principles and Perspectives* (1996), 213; B. Bercusson, *European Labour Law* (1997), p. 248-261.) Les lois du travail d'un pays démontrent l'existence de compromis sociaux et politiques quant à la place qu'occupent les syndicats dans cette société et à l'équilibre approprié entre les syndicats et les employeurs. Par conséquent, pour intéressant qu'il soit, l'examen de la jurisprudence européenne n'est pas concluant même s'il confirme l'interprétation voulant que le droit limité de refuser de s'associer soit visé par l'al. 2d) de la *Charte*.

Q. *La justification de la restriction*

En l'espèce, les appelants n'ont pas établi que la loi contestée prescrit une forme de conformité idéologique de nature à entraîner l'application de l'al. 2d). De plus, l'obligation de se syndiquer est

the compulsion to join a union in this case is carefully embedded in a democratic process which safeguards each member's right to support or withdraw support from a particular union at regular intervals. Therefore I find no breach of the freedom to associate as protected under s. 2(d) of the *Charter*. Given this conclusion, it is not necessary to discuss the application of s. 1 of the *Charter* and the constitutional question should be answered in the negative. Nevertheless, I am willing to assume that an infringement of a constitutional right not to associate occurred in order to further address the justification of the law under s. 1 and to demonstrate that, even if it had infringed the s. 2(d) right not to associate, the law would still pass full constitutional scrutiny.

253 The state bears the onus of justifying a law which infringes the *Charter*. The state must comply with three requirements. It must first establish that the limitation of the freedom is prescribed by law. The law must then address pressing and substantial objectives. It must finally be shown to be a proportionate and measured response to this societal need. This third requirement is further subdivided into three components. The law must be rationally connected to the state's objectives. The means chosen must impair the right as little as possible. Finally, the advantages arising out of the law must outbalance its negative effects. (See *Oakes, supra*; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 21 and 97 *et seq.*; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182; *Sharpe, supra*, at para. 78, *per McLachlin C.J.*)

254 The appellants argued that the *mis en cause* has not succeeded in her attempt at justification, in particular by failing to demonstrate any rational connection between compelled union membership and the objective of peace, stability and efficient operations in the construction industry. Moreover, even if such a rational connection had been demonstrated, they added that the means chosen fail the proportionality test.

soigneusement insérée dans un processus démocratique qui protège le droit de chaque membre d'accorder ou de retirer son appui à un syndicat particulier à intervalles réguliers. Je conclus donc à l'absence d'atteinte à la liberté d'association protégée par l'al. 2d) de la *Charte*. Étant donné cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'analyser l'application de l'article premier de la *Charte* et la question constitutionnelle doit recevoir une réponse négative. Cependant, tenant pour acquis, pour les fins de la discussion, qu'il y aurait eu atteinte au droit constitutionnel de ne pas s'associer, je suis disposé à examiner davantage la justification de la loi aux termes de l'article premier, pour démontrer que, même si elle avait limité le droit de non-association garanti par l'al. 2d), la loi résisterait à un examen constitutionnel approfondi.

L'État a la charge de justifier une loi qui porte atteinte à la *Charte*. Il doit respecter trois exigences. Il établit d'abord que la restriction de la liberté est prescrite par une règle de droit. Il faut ensuite que cette dernière vise des objectifs urgents et réels. L'État doit enfin démontrer que la règle constitue une réponse proportionnelle à ce besoin de la société. Cette exigence se subdivise en trois composantes. La règle de droit doit être rationnellement liée aux objectifs visés par l'État. Les moyens choisis doivent porter le moins possible atteinte au droit. Enfin, les avantages découlant de la règle de droit doivent l'emporter sur ses effets négatifs. (Voir *Oakes, précité*; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 21 et 97 et suiv.; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 182; *Sharpe, précité*, par. 78, le juge en chef McLachlin).

Selon les appelants, le *mis en cause* n'a pas réussi à établir une justification et n'était pas en mesure notamment de démontrer l'existence d'un lien rationnel entre l'obligation de se syndiquer et l'objectif de paix, de stabilité et d'efficacité dans l'industrie de la construction. De plus, ils prétendent que, même si on avait démontré l'existence d'un tel lien rationnel, les moyens choisis ne respectent pas le critère de la proportionnalité.

In any s. 1 analysis, courts must identify the objectives of the impugned law with care. (See *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.) The purposes of the legislation at the time of its enactment must be fully identified to make sure that they remain consonant with *Charter* values (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 331). Furthermore, the state must justify the specific infringing measure, not simply the law as a whole. (See *RJR-MacDonald, per McLachlin J.*, at paras. 143-44.) At the same time, however, the analysis should not be carried out in a vacuum. The place and function of the challenged provisions in the legislative scheme must be carefully identified. The nature of the system and its broader objectives have to be kept in mind. The analysis should not consider the infringing provision apart from its legislative context. (See *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 101-3.)

In the case at bar, the Court is considering legislative rules situated within a complex social and economic environment. At the time of the law's adoption, the government was mediating as a policy maker, between different and, at times, conflicting groups. It did not act as the antagonist of an individual who complains that his or her rights have been infringed. (See *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 993-94; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 779.)

Legislatures are entitled to a substantial, though not absolute, degree of latitude and deference, to settle social and economic policy issues (*RJR-MacDonald*, at para. 134, *per McLachlin J.*). Courts should be mindful to avoid second-guessing legislatures on controversial and complex political choices (*M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 79, *per Cory and Iacobucci JJ.*). As discussed above, the jurisprudence acknowledges that legislative policy-making in the domain of labour relations is better left to the political process, as a general rule.

Dans toute analyse relative à l'article premier, les tribunaux doivent déterminer avec soin les objectifs de la loi contestée. (Voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.) Il faut établir précisément les objets de la loi au moment de son adoption pour qu'ils demeurent compatibles avec les valeurs de la *Charte* (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331). En outre, l'État doit justifier la mesure attentatoire en cause, pas simplement l'ensemble de la loi. (Voir *RJR-MacDonald*, le juge McLachlin, par. 143-144.) D'autre part, il ne faut pas effectuer l'analyse hors de tout contexte. Il importe de déterminer avec soin la place et la fonction des dispositions contestées dans le régime législatif. On examine alors la nature du régime et ses objectifs généraux. Dans le cadre de l'analyse, l'étude de la disposition attentatoire tient compte de son contexte législatif. (Voir *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 101-103.)

En l'espèce, notre Cour examine des règles législatives se situant dans un environnement social et économique complexe. Au moment de l'adoption de la loi, le gouvernement, à titre d'architecte des politiques publiques, arbitrait entre des groupes différents et, parfois, opposés. Il n'a pas agi comme l'adversaire d'un individu qui se plaint que ses droits ont été violés. (Voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993-994; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 779.)

Le législateur a droit à un degré de latitude et de retenue important, mais pas absolu, de la part des tribunaux pour régler les questions de politique sociale et économique (*RJR-MacDonald*, par. 134, le juge McLachlin). Les tribunaux doivent se garder de se substituer, après coup, aux législateurs relativement à leurs choix politiques controversés et complexes (*M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 79, les juges Cory et Iacobucci). Comme je l'ai mentionné précédemment, la jurisprudence reconnaît qu'il vaut généralement mieux laisser au processus politique le soin d'élaborer les principes directeurs en matière de législation dans le domaine des relations du travail.

255

256

257

258

The first stages of the justification procedure do not need much discussion. The limits are prescribed by law. The law also addresses a pressing and substantial purpose, as emphasized above. The history of the legislation demonstrates that the National Assembly of Quebec tried to address problems that had become a pressing social and economic issue, which led to a process of trial and error that lasted for several years. Indeed, it is still going on. (See evidence of Réal Mireault, Attorney General's Record, at p. 116. See also G. Hébert, *Labour Relations in the Quebec Construction Industry, Part I: The System of Labour Relations* (1977), at pp. 9-64; *Rapport de la Commission sur la stabilisation du revenu et de l'emploi des travailleurs de l'industrie de la construction* (1990) ("report of the Picard-Sexton Committee"), at pp. 29 and 44-45.)

R. *Justification*

259

It is inaccurate to paint the pressing and substantial objective of the impugned law as merely an historical justification predating the *Charter*. First, the advent of the *Charter* has required throughout Canada an extensive reassessment of the legislation then in place. When called upon to rule on a challenge to a law's constitutional validity, courts have had to measure that law to the standards and constitutional values of the *Charter*. At the same time, the analysis of the law requires a full consideration of its sources and of its place in the evolution of the legal system. The law flows from our past experiences, in its failures and disappointments, trials and successes. It is grounded on a wealth of historical developments and human experience that the *Charter* does not command the courts to discard. On the contrary, the *Charter* is itself an expression of our traditions, of our debt to them as well as of the evolving values of our society, and the need to accommodate those values in the development of our legal system.

260

The *Charter* represents a stage in the development of the law, not a cut-off date where everything begins completely anew. In this respect, the evidence offered by the *mis en cause* demonstrates

Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur les premières étapes de la justification. Les limites sont prescrites par une loi. La loi porte également sur un objet urgent et réel, comme je l'ai souligné précédemment. L'historique de la loi démontre que l'Assemblée nationale du Québec a tenté de régler des problèmes qui étaient devenus une question sociale et économique urgente, ce qui a donné lieu, pendant des années, à des essais successifs qui se poursuivent d'ailleurs toujours. (Voir le témoignage de Réal Mireault, dossier du procureur général, p. 116. Voir également G. Hébert, *Les relations du travail dans la construction au Québec, Première partie : Régime des relations du travail* (1977), p. 9-64; *Rapport de la Commission sur la stabilisation du revenu et de l'emploi des travailleurs de l'industrie de la construction* (1990) (« rapport du Comité Picard-Sexton »), p. 29 et 44-45.)

R. *La justification*

Il est inexact de qualifier l'objet urgent et réel de la loi contestée de simple justification historique antérieure à la *Charte*. Premièrement, l'avènement de la *Charte* a exigé partout au pays une réévaluation en profondeur des lois alors en vigueur. Lorsqu'ils ont été appelés à se prononcer sur une contestation de la constitutionnalité d'une loi, les tribunaux ont dû évaluer cette loi par rapport aux normes et aux valeurs constitutionnelles de la *Charte*. L'analyse de la loi requiert cependant l'examen complet de ses sources et de sa place dans l'évolution du système juridique. La loi découle de notre expérience passée, dans ce qu'elle comporte d'échecs et de déceptions, d'essais et de réussites. Elle s'appuie sur une richesse des développements historiques et de l'expérience humaine, que la *Charte* n'oblige pas les tribunaux à écarter. Au contraire, en elle-même, la *Charte* exprime nos traditions, notre dette envers elles ainsi que des valeurs évolutives de notre société; elle témoigne également de la nécessité d'élaborer notre système juridique en tenant compte de ces valeurs.

La *Charte* constitue une étape dans l'évolution du droit, et non pas une date de césure, où tout recommence à zéro. À cet égard, la preuve offerte par le *mis en cause* démontre la remarquable

the remarkable continuity of the nature and problems in the construction industry. This evidence was brought up to date within the limits and constraints inherent in the nature of evidence in social policy issues. It must also be recalled that it was presented in relation to the issues framed by the appellants themselves and which are reflected by the constitutional questions stated by this Court. Without going back to the entire record and the history of the legislative and regulatory system put in place at this point, the overarching purpose of the legislature had become the stabilization of a major industrial sector. To this end, an appropriate collective bargaining system had to be created to fit the needs of the industry. In order to further this purpose, union democracy amongst some labour groups had to be reinstated, maintained and fostered. The problem of competency of contractors, as well as of the work force, had to be addressed. Moreover, the legislature sought to assure a degree of employment stability to construction workers.

The means chosen by the legislature have been discussed at length in these reasons, but I will return to them. A system of centralized labour relations with recognized bargaining agents was set up. Bargaining agents were recognized and a mechanism of assessment of their representativeness was put in place. Meanwhile, the National Assembly sought to address the problem of the competency of the work force and of the contractors. The instability of employment, at the same time, remained the concern that the creation of employment preferences sought to address.

A rational connection existed between these measures and their goal. The voting procedure constituted the fairest and most effective way to determine the representativeness of unions. The obligation to join them demonstrated the will to involve workers in the management of their association, to foster and increase their participation in union life and in their decisions, after a period where democratic values had often been flouted by some local unions. The legislature viewed this form of security as a better instrument to maintain and develop democracy than the Rand formula, under

continuité de la nature et des problèmes de l'industrie de la construction. Cette preuve a été mise à jour, compte tenu des limites et des contraintes inhérentes à la nature de la preuve en matière de questions de politique sociale. Il faut aussi se rappeler qu'elle a été présentée relativement aux questions formulées par les appelants eux-mêmes, lesquelles se reflètent dans les questions constitutionnelles énoncées par notre Cour. Sans revenir, à ce stade-ci, à l'ensemble du dossier et à l'historique du régime législatif et réglementaire mis en place, j'estime que l'objectif primordial de la législature était alors de stabiliser ce grand secteur industriel. À cette fin, il fallait créer un régime de négociation collective adapté aux besoins de l'industrie. L'atteinte de cet objectif nécessitait le rétablissement, le maintien et la promotion de la démocratie syndicale chez certains groupes syndicaux. Le problème de la compétence des entrepreneurs et de la main-d'œuvre devait être réglé. De plus, la législature a cherché à garantir une certaine stabilité d'emploi aux travailleurs de la construction.

Dans les présents motifs, j'ai traité en profondeur des moyens choisis par le législateur à cet égard, mais je me propose d'y revenir. Un régime centralisé de relations du travail comportant des agents négociateurs a été établi. Ces agents négociateurs ont été reconnus et un mécanisme d'évaluation de leur représentativité a été instauré. Entre-temps, l'Assemblée nationale a tenté de régler le problème de la compétence de la main-d'œuvre et des entrepreneurs. L'instabilité de l'emploi demeurait toutefois le problème que la création de traitements préférentiels dans l'emploi visait à régler.

Il existait un lien rationnel entre ces mesures et leur objectif. La façon la plus équitable et la plus efficace de déterminer la représentativité des syndicats était de tenir un scrutin. L'obligation de se joindre à eux démontrait leur volonté de faire participer les travailleurs à la gestion de leur association, de favoriser et d'accroître la participation des travailleurs à leur vie et à leurs décisions, après une période où certains syndicats locaux avaient souvent fait fi des valeurs démocratiques. Le législateur considérait cette forme de sécurité comme un meilleur instrument de maintien et de progrès

261

262

which workers pay for services and have no say on the most important issues concerning the association and its members.

263

The measures represent a considered policy choice which every government has had to reassess in Quebec since 1968. As appears from the record filed by the Attorney General, the Cliche Commission reviewed the system then in place in 1974 and 1975. In 1978, a new administration asked a committee (the C.E.R.L.I.C.) chaired by Professor Gérard Hébert, then a well-known specialist in labour relations problems, to reexamine the legislative framework. In 1990, a committee chaired by Professor Jean Sexton and Mr. Laurent Picard revisited the problem of employment stability and preferences which Justice Alan Gold had examined some 20 years before that at the request of another government. In 1993, a Sommet de l'industrie was organized by the Quebec government. In 1994, the residential sector was partly deregulated. In 1995, a new government brought it back under the Act, although the industry was now divided into four sectors: commercial, industrial, public works and residential. Since 1993, measures have been put in place to improve interprovincial contractor and employee mobility. (See Dunberry, *supra*.) Although some of these developments postdate the beginning of this litigation, they bear witness to the constant attention given to the problems of the industry and the relevance of the measures taken to address them.

264

Over the last 30 years, despite all the changes which have occurred in the industry, its basic characteristics and problems have remained fundamentally the same. In 1968, Professor Dion wrote:

Workers and contractors are affected by the characteristics of the industry: sectionalization, specialization, precariousness, mobility, instability and insecurity. It is not surprising that disputes should arise in the field of

de la démocratie que la formule Rand, en vertu de laquelle les travailleurs paient pour des services sans pouvoir s'exprimer sur les questions les plus importantes concernant l'association et ses membres.

Ces mesures constituent un choix de principe réfléchi, que chaque gouvernement au Québec a dû réévaluer depuis 1968. Tel qu'il ressort du dossier déposé par le procureur général, la Commission Cliche a analysé en 1974 et en 1975 le régime en place. En 1978, une nouvelle administration a demandé à un comité (le C.E.R.L.I.C.) présidé par le professeur Gérard Hébert, un spécialiste des problèmes de relations du travail bien connu à l'époque, de réexaminer le cadre législatif. En 1990, sous la présidence du professeur Jean Sexton et de M. Laurent Picard, un comité a étudié à son tour le problème de la stabilité de l'emploi et des préférences d'emploi, que le juge Alan Gold avait examinés environ 20 ans auparavant à la demande d'un autre gouvernement. En 1993, le gouvernement du Québec a organisé un Sommet de l'industrie. Le secteur résidentiel a été partiellement déréglementé l'année suivante. En 1995, un nouveau gouvernement l'a ramené sous l'égide de la Loi, mais en subdivisant alors l'industrie en quatre secteurs : le secteur commercial, le secteur industriel, le secteur des travaux publics et le secteur résidentiel. Depuis 1993, des mesures visant à accroître la mobilité interprovinciale des entrepreneurs et des salariés sont mises en place. (Voir Dunberry, *loc. cit.*) Bien que certains de ces événements soient postérieurs au début du présent litige, ils témoignent de l'attention constante portée aux problèmes de l'industrie et de la pertinence des mesures prises pour les régler.

Au cours des 30 dernières années, malgré tous les changements qui se sont produits dans l'industrie, les caractéristiques et les problèmes fondamentaux de cette dernière sont restés essentiellement les mêmes. Le professeur Dion a écrit en 1968 :

Sectionnement, spécialisation, précarité, mobilité, instabilité et insécurité sont des caractéristiques propres à cette industrie tant chez les travailleurs que chez les entrepreneurs. On n'a pas à être surpris si, dans l'aménage-

labour relations, not only between workers and employers but also among the workers themselves.

(See G. Dion, "Jurisdictional Disputes", in H. C. Goldenberg and J. H. G. Crispo, eds., *Construction Labour Relations* (1968), 333, at p. 336. See also C. Leclerc and J. Sexton, *La sécurité d'emploi dans l'industrie de la construction au Québec: un rêve impossible?* (1983), at pp. 26-27.) In 1978, the C.E.R.L.I.C. again noted the problems caused by the structural characteristics of the industry. In 1990, the report of the Picard-Sexton Committee emphasized once more the instability of employment in the industry, the mobility of its work force and the very small size of most employers. Its report commented that in 1988, 110,530 workers had worked within the industry. On the other hand, there were more than 17,000 registered contractors (pp. 16-17).

As it still does, the construction industry played a major role in the economy and development of the province. Its labour relations were constantly in turmoil for several years. Union democracy was in peril. It had become difficult to set up a workable system of collective bargaining. A resolution of these difficulties involved both the establishment of the representative status of labour unions as well as the safeguarding of union democracy. The National Assembly of Quebec sought, in this way, to address the objective of establishing peace and economic efficiency in the industry. Given the nature of these difficulties, the provisions involving the selection of a bargaining representative, the obligation to choose among a limited number of union groups and compulsory financial support were related to this objective. They attempted to create a workable mechanism to establish the representativeness of unions while safeguarding union pluralism. There is no evidence that any active employee association in the industry was left out of the process. On the contrary, the Legislature usually tried to take into account the numerous changes in the organization of the labour groups. In this manner, these measures directly aim to further important social and economic purposes (*Canada (Human Rights*

ment des relations de travail, des conflits éclatent non seulement entre les travailleurs et les employeurs, mais encore chez les travailleurs entre eux.

(Voir G. Dion, « Les conflits de juridiction », dans H. C. Goldenberg et J. H. G. Crispo, dir., *Les relations de travail dans l'industrie de la construction* (1968), 379, p. 383. Voir également C. Leclerc et J. Sexton, *La sécurité d'emploi dans l'industrie de la construction au Québec: un rêve impossible?* (1983), p. 26-27.) En 1978, le C.E.R.L.I.C. a encore indiqué les problèmes causés par les caractéristiques structurelles de l'industrie. En 1990, le rapport du Comité Sexton-Picard a souligné une fois de plus l'instabilité de l'emploi dans l'industrie, la mobilité de sa main-d'œuvre et la très petite taille de la plupart des employeurs. Dans son rapport, aux p. 16-17, le comité a fait remarquer qu'en 1988, 110 530 personnes avaient travaillé dans l'industrie. D'autre part, on retrouvait plus de 17 000 entrepreneurs accrédités.

L'industrie de la construction a joué et joue encore un rôle majeur dans l'économie et le développement de la province. Les relations du travail dans cette industrie étaient constamment tendues pendant plusieurs années. La démocratie syndicale restait en péril. Il était devenu difficile d'établir un régime viable de négociation collective. La résolution de ces difficultés passait tant par l'établissement du caractère représentatif des syndicats que par la protection de la démocratie syndicale. L'Assemblée nationale du Québec a cherché, de cette façon, à atteindre un objectif de paix et d'efficacité économique dans l'industrie. Compte tenu de la nature de ces difficultés, les dispositions sur le choix d'un agent négociateur, sur l'obligation de choisir parmi un nombre limité de groupes syndicaux et sur le soutien financier obligatoire étaient liées à cet objectif. Elles visaient à créer un mécanisme fonctionnel, capable d'établir la représentativité des syndicats tout en protégeant le pluralisme syndical. Rien n'indique qu'une association d'employés active dans l'industrie ait été laissée à l'écart du processus. Au contraire, la législature tentait habituellement de tenir compte des nombreux changements dans l'organisation des groupes syndicaux. Ces mesures visent directement ainsi à favoriser

Commission) v. Taylor, [1990] 3 S.C.R. 892, at pp. 925-26; *Lavigne*, at p. 291).

S. *Minimal Impairment and the Balancing of Effects*

266

The core issue in the s. 1 analysis in this case lies in the application of the minimal impairment test. The appellants argue that there is nothing like this Quebec legislation anywhere else in Canada. Other less stringent measures that respect the right not to join a union are thus possible, they submit.

267

Courts must keep in mind that the minimal impairment test must not be applied too literally. It does not eliminate any margin of discretion in the selection of the appropriate legislative measure. Especially in the realm of social and economic policy, it does not remove the need for a degree of deference toward legislative choices. Courts have been mindful of the need for such an approach in the field of labour relations. (See *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 62; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, at pp. 391-92 and 420.)

268

The minimal impairment test does not require that government demonstrate that the measure adopted is the least intrusive possible. The effects of legislative choices, especially in the realm of social and economic policy, remain hard to assess. The best social science evidence will seldom allow for more than an informed guess as to the effect of legislation. As a result, our Court has often stated the need for reasonable assessment of the means used to reach the legislative objectives (*Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Libman*, *supra*, at paras. 59 and 62; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 85, *per La Forest J.*; *M. v. H.*, *supra*, at para. 79; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120,

la réalisation d'objectifs sociaux et économiques importants (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, p. 925-926; *Lavigne*, p. 291).

S. *L'atteinte minimale et la pondération des effets*

En l'espèce, la question fondamentale qui se pose dans l'analyse relative à l'article premier concerne l'application du critère de l'atteinte minimale. Les appelants prétendent que la législation québécoise n'a pas son pareil ailleurs au Canada. Ils soutiennent donc qu'il est possible d'adopter des mesures moins restrictives qui protègent le droit de ne pas se syndiquer.

Les tribunaux doivent se rappeler qu'il ne faut pas appliquer trop littéralement le critère de l'atteinte minimale. Ce critère n'écarte pas le pouvoir discrétionnaire dans le choix de la mesure législative appropriée. En particulier, dans le domaine de la politique sociale et économique, il n'élimine pas la nécessité d'une certaine retenue à l'égard des choix du législateur. Les tribunaux ont été conscients de la nécessité d'une telle démarche dans le domaine des relations du travail. (Voir *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 62; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, p. 391-392 et 420.)

Le critère de l'atteinte minimale n'exige pas que le gouvernement démontre que la mesure adoptée est la moins attentatoire possible. Il demeure difficile d'évaluer les effets des choix du législateur, surtout dans le domaine de la politique sociale et économique. La meilleure preuve tirée des sciences humaines permet rarement plus qu'une supposition éclairée quant à l'effet de la loi. Par conséquent, notre Cour a souvent indiqué la nécessité d'une évaluation raisonnable des moyens employés pour atteindre les objectifs législatifs (*Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Libman*, précité, par. 59 et 62; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 85, le juge La Forest; *M. c. H.*, précité, par. 79; *Little Sisters Book and Art Empo-*

2000 SCC 69, at paras. 68 and 198). An author recently characterized the nature of the evidence required as being a [TRANSLATION] “reasonable correlation between the phenomenon to be regulated and the harmful effects attributed to it” (J.-F. Gaudreault-DesBiens, *Le sexe et le droit: Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon* (2001), at p. 91).

Moving to the weighing of beneficial versus detrimental effects of this labour relations scheme, at this stage of the *Oakes* test, the construction industry cannot be put under a microscope. As of now, no computer may foresee the impact of alternative policy choices. In the present case, the Court must also review a complex legislative scheme under circumstances where a degree of deference is due to the legislature, given that the problems of the industry are ongoing, and that its nature has not changed substantially over the last 30 years. One fact, at least, is known — that the system put and kept in place seems to work reasonably well. It may certainly inconvenience some people who try to enter the industry or would prefer an unregulated or non-unionized environment. At present, though, there is no such thing as a constitutional right to a non-regulated and non-unionized business environment.

As discussed above, the Quebec construction industry is undoubtedly highly regulated. Nevertheless, the overall scheme works and allows for a degree of mobility of the work force, and seems to meet the manpower needs of the industry. Particular measures challenged in this appeal fall within this scheme. It must be noted, also, that, if given a reasonable interpretation, these provisions do not forbid union membership either before, during or after the reference period set out in the Act, and do not infringe the positive aspect of the constitutional guarantee. They represent a carefully tailored response to problems met by the industry and their advantages outweigh such inconveniences as they may cause. The requirement of compulsory membership must be put in context. It sought to facilitate an assessment of union representativeness, which

rium c. Canada (Ministre de la Justice), [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 68 et 198). Un auteur a récemment qualifié la nature de la preuve requise de « corrélation raisonnable entre le phénomène que l’on souhaite réglementer et les effets néfastes qu’on lui impute » (J.-F. Gaudreault-DesBiens, *Le sexe et le droit : Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon* (2001), p. 91).

Quant à la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de ce régime de relations du travail, il est impossible de scruter l’industrie de la construction à la loupe à ce stade-ci de l’application du critère de l’arrêt *Oakes*. Aucun ordinateur ne peut actuellement prévoir les répercussions de ces choix de politique publique dans l’avenir. En l’espèce, notre Cour doit aussi examiner un régime législatif complexe, tout en faisant preuve de retenue envers le législateur, puisque les problèmes de l’industrie ont perduré et que sa nature n’a pas changé beaucoup au cours des 30 dernières années. On sait au moins une chose : le régime établi et maintenu en place semble fonctionner assez bien. Il peut certainement causer des inconvénients à certaines personnes qui tentent d’entrer dans l’industrie ou qui préféreraient un milieu non réglementé ou non syndiqué. Cependant, il n’existe actuellement aucun droit constitutionnel à un milieu commercial non réglementé et non syndiqué.

Comme je l’ai indiqué précédemment, l’industrie de la construction du Québec se trouve sans aucun doute fortement réglementée. Cependant, le régime général fonctionne, permet une certaine mobilité de la main-d’œuvre et semble satisfaire aux besoins de main-d’œuvre de l’industrie. Des mesures particulières contestées dans le présent pourvoi relèvent de ce régime. Il faut aussi souligner que, si on les interprète de façon raisonnable, ces dispositions n’interdisent pas l’adhésion syndicale avant, pendant ou après la période de référence prévue dans la Loi et ne portent pas atteinte à l’aspect positif de la garantie constitutionnelle. Elles constituent une réponse soigneusement conçue aux problèmes de l’industrie, et leurs avantages l’emportent sur les inconvénients qu’elles peuvent causer. L’exigence de syndicalisation obligatoire doit être située dans

269

270

was critical for the proper operation of the collective bargaining system in the construction industry. It also sought to address a problem of democratic management in a number of labour unions. When it chose a technique of compulsory membership, at the same time, the legislature balanced this obligation with a number of measures designed to enhance and protect the democratic life of the unions. A choice was offered among all union groups active within the industry. These groups, moreover, cannot refuse workers applying to join them (s. 94). Union constitutions and by-laws must meet the requirements set forth in ss. 95 and 96. Elections of union officers, strike votes and approval of collective agreements require a secret vote. The right to dissent is affirmed and protected at any union meeting and vote (s. 96(2)(b)). Union members are entitled to detailed financial statements and reports. No discrimination is allowed against a worker who becomes a member of another union (s. 102). Penal provisions reinforce the implementation of these rules.

son contexte. Elle cherchait à faciliter l'évaluation de la représentativité syndicale, une procédure vitale pour le bon fonctionnement du régime de négociation collective dans l'industrie de la construction. Elle tentait également de régler un problème de gestion démocratique dans un certain nombre de syndicats. Lorsqu'il a choisi la technique de la syndicalisation obligatoire, le législateur a du même coup pondéré cette obligation par des mesures destinées à améliorer et protéger la vie démocratique des syndicats. Les travailleurs ont le choix entre tous les groupes syndicaux actifs dans l'industrie. De plus, ces groupes ne peuvent pas refuser les travailleurs qui demandent à y adhérer (art. 94). Les statuts et les règlements des syndicats doivent respecter les conditions énoncées aux art. 95 et 96. L'élection des dirigeants syndicaux, la grève et l'acceptation des conventions collectives exigent la tenue d'un scrutin secret. Le droit d'exprimer sa dissidence lors de toute assemblée syndicale et de tout scrutin est confirmé et protégé (al. 96(2)b)). Les syndiqués ont le droit d'obtenir les états et rapports financiers détaillés. Aucune mesure discriminatoire ne peut être exercée contre un travailleur qui devient membre d'un autre syndicat (art. 102). Des dispositions pénales renforcent l'application de ces règles.

271

The system also intends to give a limited degree of protection to construction workers against unemployment or, at least, to create more stability in the job market. As appears from the statistical reports of the Commission de la construction, these measures do not seem to prevent labour mobility. As a policy choice, it does not seem unreasonable to try to develop a system of regional preferences which addresses the tension between the provincial nature of parts of the construction industry and its highly local character in other sectors. Also, this system does not seem to impede unduly labour mobility within the regions and the province. The opportunity to join a union in the context of this industry and the ability to participate in all its decisions involving its labour relations system in the orientation of the union also seems a reasonable option.

Le régime a également pour but d'accorder aux travailleurs de la construction une protection limitée contre le chômage ou, du moins, de créer une plus grande stabilité dans le marché du travail. Comme il ressort des rapports statistiques de la Commission de la construction, ces mesures ne semblent pas entraver la mobilité de la main-d'œuvre. Comme choix de principe, il ne semble pas déraisonnable de tenter d'élaborer un régime de placement préférentiel régional destiné à régler la tension entre la nature provinciale de certains secteurs de l'industrie de la construction et le caractère très local d'autres secteurs. En outre, ce régime ne semble pas entraver indûment la mobilité régionale et provinciale de la main-d'œuvre. La possibilité d'adhérer à un syndicat dans le contexte de cette industrie et de participer à toutes ses prises de décisions concernant son régime de relations du travail compte tenu de son orientation semble aussi être une option raisonnable.

In the environment of the construction industry, considering its experience, this legislative choice offers more advantages than disadvantages. Therefore, even if the law breaches a negative right of freedom to associate, it would thus be justified under s. 1. Reasonable measures were adopted to reach the objectives of the legislature and have proven well attuned to the concerns of the industry for many years.

Labour relations involve diverse and conflicting interests. Labour legislation is a regular object of political debate. Governments must balance the interests of competing groups that often target completely different objectives. In its search for a stable labour relations regime in the construction industry, the Quebec legislature, during a period of several years, adopted the system which is challenged. It created a fully unionized and centrally controlled multi-trade collective bargaining structure. The labour standards negotiated through this process are deemed to be rules of public order which bind the parties, employees as well as employers in the province. Unions have lost all legal control over hiring which has been brought under the jurisdiction of a public body, the Office de la construction, which also enforces labour standards. In addition, the Commission manages a system of vocational certification. The employers are also subject to a general system of professional qualifications applicable to all trades in the industry.

Other provinces have adopted different systems, but some have moved gradually toward centrally controlled bargaining structures. (For example, see Adams, *supra*, at pp. 15-43 to 15-53.) The province of Quebec set up its system of centralized bargaining at an earlier time and gave it a more expansive application. (See Adams, *supra*, at pp. 15-43 to 15-45.) The presence of an obligation to choose among several unions seems also specific to Quebec.

In general, differences between legislative approaches to similar problems are part of the very

Dans le contexte de l'industrie de la construction et compte tenu de l'expérience de cette industrie, ce choix législatif offre plus d'avantages que d'inconvénients. En conséquence, même si la Loi portait atteinte à un droit négatif à la liberté d'association, elle serait justifiée en vertu de l'article premier. Le législateur a adopté des mesures raisonnables pour atteindre ses objectifs, et celles-ci se sont révélées bien adaptées aux préoccupations de l'industrie pendant de nombreuses années.

Les relations du travail mettent en jeu des intérêts variés et divergents. La législation du travail fait régulièrement l'objet de débats politiques. Les gouvernements doivent pondérer les intérêts de groupes opposés qui visent souvent des objectifs complètement différents. Dans sa recherche d'un régime de relations du travail stable dans l'industrie de la construction, la législature québécoise a, sur plusieurs années, adopté le régime contesté. Elle a créé un régime de négociation collective entièrement syndicalisé et centralisé couvrant plusieurs métiers. Les normes du travail négociées dans le cadre de ce processus sont réputées être des règles d'ordre public qui lient les parties, aussi bien les employés que les employeurs dans la province. Les syndicats ont perdu tout contrôle juridique sur l'embauche, désormais sous la compétence d'un organisme public, l'Office de la construction, lequel fait aussi respecter les normes du travail. En outre, la Commission gère un régime d'accréditation professionnelle. Les employeurs sont également assujettis à un régime général de qualification professionnelle applicable à tous les métiers de l'industrie.

D'autres provinces ont adopté des régimes différents, mais certaines sont graduellement passées à un régime de négociation centralisé. (Par exemple, voir Adams, *op. cit.*, p. 15-43 à 15-53.) Le Québec a établi son régime de négociation centralisé à une époque antérieure et lui a donné une application plus large. (Voir Adams, *op. cit.*, p. 15-43 à 15-45.) L'obligation de choisir entre plusieurs syndicats semble également être propre au Québec.

En général, les différences entre les mesures législatives visant des problèmes semblables font

272

273

274

275

fabric of the Canadian constitutional experience. Provincial differences must be factored into any proper analysis of the concept of minimal impairment, when assessing the validity of provincial legislation. Our Court in the Quebec Secession Reference (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 55-60), acknowledged again the foundational nature of the principle of federalism in Canada. In a system of divided legislative authority, where the members of the federation differ in their cultural and historical experiences, the principle of federalism means that the application of the *Charter* in fields of provincial jurisdiction does not amount to a call for legislative uniformity. It expresses shared values, which may be achieved differently, in different settings.

partie de la nature même de l'expérience constitutionnelle canadienne. Toute bonne analyse de la notion d'atteinte minimale lors de l'évaluation de la validité d'une loi provinciale doit tenir compte des différences entre les provinces. Dans le Renvoi relatif à la sécession du Québec (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 55-60), notre Cour a de nouveau reconnu le caractère fondamental du principe du fédéralisme au Canada. Dans un système de partage des compétences législatives où les membres de la fédération ont vécu des expériences culturelles et historiques différentes, le principe du fédéralisme signifie que l'application de la *Charte* dans les domaines de compétence provinciale n'équivaut pas à un appel à l'uniformité des lois. Ce principe exprime des valeurs communes, susceptibles d'être mises en œuvre différemment dans des cadres différents.

276 In the context of the life and history of every Canadian province and region, this Court's approach to the values of Canadian federalism accepts the legislative solutions specific to each province. The Court should give close attention to the context and factual background that led to the adoption of the impugned legislation as well as to its overall effect.

Dans le contexte de la vie et de l'histoire de chaque province ou région canadienne, notre Cour a une conception des valeurs du fédéralisme canadien qui accepte les solutions législatives propres à chaque province. Notre Cour doit étudier en profondeur le contexte et les faits ayant mené à l'adoption de la loi contestée ainsi que l'effet de celle-ci dans son ensemble.

277 Viewed in the context of the particular historical experience of Quebec's labour relations, the law meets the minimal impairment test. This limited form of compelled association respects fundamental democratic values. It requires only a limited commitment from construction employees. They must choose a collective bargaining agent. The legislation gives them a choice among five union groups. It appears that no new group has been left out of the process. The law also calls upon construction employers to support the chosen approach. Nothing more is imposed by the law.

D'après l'expérience historique particulière du Québec en matière de relations du travail, la loi respecte le critère de l'atteinte minimale. Cette forme limitée d'association forcée respecte les valeurs démocratiques fondamentales. Elle n'exige qu'un engagement restreint de la part des salariés de la construction. Ils doivent choisir un agent négociateur. La loi leur donne le choix entre cinq groupes syndicaux. Il ressort qu'aucun nouveau groupe n'a été laissé à l'écart du processus. Elle oblige aussi les employeurs à soutenir le régime adopté. Elle n'impose rien de plus.

278 As we have seen above, the *Construction Act* imposes strict obligations on unions in respect of internal democracy. Any form of employment discrimination is also forbidden. The whole process of hiring has been entirely removed from union control. The Quebec legislation has completely

Comme nous l'avons vu précédemment, la *Loi sur la construction* impose des obligations strictes aux syndicats en matière de démocratie interne. Toute forme de discrimination dans l'emploi est également interdite. Le processus d'embauche a été entièrement soustrait au contrôle des syndicats.

stripped Quebec unions of the traditional powers they held in this respect. Through a difficult process of legislative experimentation, the legislation has reestablished a degree of peace and union democracy in the Quebec construction industry. These advantages clearly outweigh their limited impact upon the asserted negative right to not associate.

The Court is called upon to consider the validity of a complex legislative scheme, born out of a history of attempts, failures and disappointments. At the time the present litigation started, this legislation presented the result of about 30 years of legislative work to create a proper system of collective bargaining in the industry. This process of adjustment has continued since the beginning of the present litigation. Indeed, the appellants are now challenging legislative provisions which have been substantially altered since the charges were laid. A considerable degree of deference is due to the legislature and the difficulties inherent in the art of government in such a traditionally fractious environment. Court intervention might affect sensitive aspects of a carefully balanced scheme and is not warranted in the circumstances of this case.

I thus propose that the appeal be dismissed. The constitutional questions should be answered in the negative as follows:

1. Do ss. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1 and 120 of an *Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry* and s. 23 of the *Regulation respecting the election of a representative association by the employees of the construction industry* restrict the guarantees of freedom of association under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If so, is the restriction justified under s. 1 of the *Charter*?

No need to answer.

La loi québécoise leur a retiré tous les pouvoirs qu'ils détenaient traditionnellement à cet égard au Québec. Par un processus difficile d'expérimentation législative, le législateur a rétabli dans une certaine mesure la paix et la démocratie syndicale dans l'industrie de la construction du Québec. Ces avantages l'emportent clairement sur leur effet limité sur le présumé droit négatif de ne pas s'associer.

Notre Cour est appelée à déterminer la validité d'un régime législatif complexe né d'une succession de tentatives, d'échecs et de déceptions. Au début du présent litige, cette loi représentait l'aboutissement d'environ 30 ans de travail législatif visant à créer un régime approprié de négociation collective dans l'industrie. Ce processus de rajustement se poursuit depuis le début du présent litige. D'ailleurs, les appelants contestent maintenant des dispositions législatives qui ont été modifiées considérablement depuis le dépôt des accusations. Il faut faire preuve de beaucoup de retenue envers la législature, compte tenu des difficultés inhérentes à l'art de gouverner dans un environnement traditionnellement aussi conflictuel. L'intervention de notre Cour risquerait d'affecter des composantes délicates d'un régime soigneusement équilibré et n'est pas justifiée dans les circonstances de la présente affaire.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses négatives suivantes :

1. Est-ce que les art. 28 à 40, 85.5, 85.6, 119.1 et 120 de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction* et l'art. 23 du *Règlement sur le choix d'une association représentative par les salariés de l'industrie de la construction* restreignent la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Dans l'affirmative, cette restriction est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

Il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

The following are the reasons delivered by

281

IACOBUCCI J. — I have read the lucid reasons of my colleagues in this appeal and I find myself in an unusual situation. Like Bastarache and LeBel JJ., I disagree with L'Heureux-Dubé J. that the freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not encompass a negative right to be free from compelled association. Such a negative right was found by a majority of the Court in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211. I am also of the view that this right is infringed by the legislation at issue in the present appeal. Although Bastarache J. shares this opinion, I would adopt an approach that differs from the one that he relies on to find a s. 2(d) violation. Furthermore, in contrast to Bastarache J., I find that this constitutional breach can be justified under s. 1 of the *Charter*. Therefore, for the reasons that follow, I would concur with the disposition reached by L'Heureux-Dubé and LeBel JJ., and I would therefore dismiss this appeal.

282

According to both Bastarache and LeBel JJ., the proper test for determining whether there has been a violation of the right to be free from compelled association is whether the legislation at issue imposes a form of “ideological conformity”. Accordingly, where the requirement of membership in a group forces the members to associate involuntarily with certain ideas or principles, the negative freedom not to associate within s. 2(d) has been breached. However, while Bastarache and LeBel JJ. generally agree on the applicable analytical framework, their views differ in respect to its application in the present appeal. LeBel J. recognizes that the *Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry*, R.S.Q., c. R-20 (the “*Construction Act*”) requires construction workers to join union groups, but qualifies this as a very limited obligation, stating that it “boils down to the obligation to designate a

Version française des motifs rendus par

LE JUGE IACOBUCCI — J'ai lu les motifs clairs de mes collègues dans le présent pourvoi et je me trouve dans une situation inhabituelle. Comme les juges Bastarache et LeBel, je ne partage pas l'opinion du juge L'Heureux-Dubé selon laquelle la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne comporte pas le droit négatif de ne pas être forcé de s'associer. Les juges majoritaires de la Cour ont conclu à l'existence d'un tel droit négatif dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211. Je suis également d'avis que les dispositions législatives en cause dans le présent pourvoi portent atteinte à ce droit. Bien que le juge Bastarache partage cette opinion, j'adopte une démarche différente de celle sur laquelle il se fonde pour conclure à la violation de l'al. 2d). De plus, contrairement au juge Bastarache, j'estime que cette violation constitutionnelle peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. En conséquence, pour les motifs qui suivent, je souscris au dispositif des juges L'Heureux-Dubé et LeBel et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Selon les juges Bastarache et LeBel, le critère applicable pour déterminer s'il y a eu violation du droit de ne pas être forcé de s'associer consiste à savoir si les dispositions législatives en cause imposent une forme de « conformité idéologique ». Ainsi, lorsque l'exigence d'appartenir à un groupe force les membres à adhérer contre leur gré à certains principes ou idées, il y a atteinte à la liberté négative de ne pas s'associer garantie par l'al. 2d). Toutefois, bien que les juges Bastarache et LeBel s'entendent généralement sur le cadre analytique applicable, leurs opinions divergent quant à son application au présent pourvoi. Le juge LeBel reconnaît que la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., ch. R-20 (la « *Loi sur la construction* ») oblige les travailleurs de la construction à adhérer à des groupes syndicaux, mais qualifie cette exigence d'obligation très limitée, qui « se résume à

collective bargaining representative, to belong to it for a given period of time, and to pay union dues” (para. 218). Further, LeBel J. stresses that there is a lack of evidence to demonstrate that the union groups involved in the present appeal impose specific ideological tenets or values on their members. This is the critical factor which leads to his determination that the provisions of the *Construction Act* do not infringe the freedom from compelled association under s. 2(d) (see para. 220).

In contrast, Bastarache J. finds that this legislation does involve ideological coercion. His view in this regard is premised on an analysis which demonstrates how Quebec’s major union groups have historically adopted particular political positions. As a result, these groups have moved beyond the mandate of protecting employees within the workplace to the larger political sphere, where they have associated themselves with and promoted specific social and economic views. Bastarache J. thus maintains that compulsory membership in such politicized union groups is a form of ideological coercion, which gives rise to a violation of s. 2(d) (see paras. 27-29).

Unlike my colleagues Bastarache and LeBel JJ., I have serious reservations about basing the analysis of the negative right within s. 2(d) on an inquiry principally into whether the state has obliged the adoption of a certain ideology. While such an approach was employed by McLachlin J. (as she then was) in *Lavigne*, it has never been adopted by a majority of this Court. As such, I find the basis for relying on the “ideological conformity” criterion in assessing an alleged violation of the s. 2(d) right not to associate somewhat unclear. Further, because this test is so elusive and abstract, it will be difficult to apply in a consistent, clear and meaningful way. In what types of activities must an association engage for there to be “ideological conformity”? Is it enough for the group to donate funds to a particular cause or effort on one occasion or more; if the latter, how many? What if its leaders support a political party or personality, or take a clear stance on an issue that is at the

l’obligation de désigner un agent négociateur, d’être membre de ce groupe syndical pendant une période déterminée et de verser des cotisations syndicales » (par. 218). Plus loin, le juge LeBel souligne l’absence d’éléments de preuve démontrant que les groupes syndicaux en cause dans le présent pourvoi imposent des valeurs ou postulats idéologiques particuliers à leurs membres. C’est là le facteur fondamental qui l’amène à conclure que les dispositions de la *Loi sur la construction* ne portent pas atteinte à la liberté de ne pas être forcé de s’associer, garantie par l’al. 2d) (voir par. 220).

Par contre, le juge Bastarache estime que cette loi comporte une coercition idéologique. Son opinion à ce sujet repose sur l’analyse démontrant que les principaux groupes syndicaux du Québec ont traditionnellement adopté des positions politiques particulières. De ce fait, ils ont dépassé le mandat de protéger les employés en milieu de travail pour faire leur entrée sur la scène politique, où ils se sont associés à certaines opinions d’ordre social et économique et les ont appuyées. Le juge Bastarache soutient donc que l’adhésion forcée à des groupes syndicaux aussi politisés constitue une forme de coercition idéologique entraînant la violation de l’al. 2d) (voir par. 27-29).

Contrairement à mes collègues les juges Bastarache et LeBel, j’hésite beaucoup à fonder l’analyse du droit négatif que renferme l’al. 2d) principalement sur la question de savoir si l’État a imposé l’adoption d’une idéologie. Même si le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a suivi une telle démarche dans l’arrêt *Lavigne*, la majorité de notre Cour ne l’a jamais adoptée. J’estime donc pas très clair le fondement de l’application du critère de la « conformité idéologique » pour évaluer une violation alléguée du droit de ne pas s’associer garanti par l’al. 2d). En outre, ce critère étant si difficile à saisir et si abstrait, il ne sera pas aisé de l’appliquer d’une manière cohérente, claire et significative. À quels genres d’activités doit participer une association pour qu’il y ait « conformité idéologique »? Suffit-il que le groupe fasse un don d’argent pour une cause particulière ou faut-il qu’il en fasse plusieurs et, dans ce dernier cas, que faut-il entendre par plusieurs? Qu’arrive-t-il si ses dirigeants appuient

283

284

heart of social controversy? These questions will rarely, if ever, generate a unanimous or unequivocal response, given the subjectivity embedded in the “ideological conformity” test, and the varying degrees to which one might perceive that certain morals or beliefs are being imposed.

285

In preference to the “ideological conformity” test, I would adopt an analysis that construes the negative freedom within s. 2(d) more broadly. That is, I would endorse the analytical framework set out by La Forest J. in *Lavigne*. According to La Forest J., where the state obliges an association of individuals whose affiliation is already “compelled by the facts of life” (such as in the workplace), and the association serves the common good or “further[s] the collective social welfare”, s. 2(d) will not be violated unless the forced association imposes a danger to a specific liberty interest. Although the imposition of “ideological conformity” was one of the threats to liberty that La Forest J. identified, he also recognized other potential dangers. In particular, he noted the possible impairment of an individual’s freedom to join or associate with causes of his or her choice, the likelihood that a member would be identified with causes the association supports, and the potential for governmental establishment of, or support for, particular political parties or causes (*Lavigne*, at pp. 328-29).

286

According to this view, it seems to me that where legislation compels the association of professional or skilled organizations, in which membership must be acquired to carry on one’s profession or trade, such state action generally will be constitutionally valid. This is primarily because membership in the association is integral to, and serves as a reflection of, the member’s work capabilities and/or professional status. Further, this structure created by the legislation will serve the public interest. Thus, unless it can be shown that the compelled association seriously undermines an individual’s liberty interests, the guarantees

un parti politique ou un politicien, ou s’ils prennent une position claire sur une question se trouvant au cœur d’un débat social? Ces questions recevront rarement, voire jamais, une réponse unanime ou sans équivoque étant donné la subjectivité que renferme le critère de la « conformité idéologique » et les différentes perceptions quant à la mesure dans laquelle il y a imposition de certaines valeurs morales ou croyances.

À la place du critère de la « conformité idéologique », j’adopterais une analyse qui interprète plus largement la liberté négative que comporte l’al. 2d). C’est-à-dire que je reprendrais le cadre analytique établi par le juge La Forest dans *Lavigne*. D’après le juge La Forest, lorsque l’État impose l’association d’individus dont l’affiliation « découle » déjà “des nécessités de la vie” » (comme dans un lieu de travail) et que l’association sert le bien commun ou « favoris[e] le bien-être collectif et social », il n’y a pas atteinte à l’al. 2d) à moins que l’association forcée ne compromette un droit spécifique à la liberté. Bien que le juge La Forest considère l’imposition de la « conformité idéologique » comme une menace à la liberté, il reconnaît aussi qu’il peut exister d’autres dangers. En particulier, il souligne les risques suivants : l’atteinte à la liberté de l’individu de se joindre ou de s’associer à des causes de son choix, l’identification du membre aux causes que l’association soutient ainsi que la création par le gouvernement de causes ou partis politiques particuliers et le soutien qu’il y apporte (*Lavigne*, p. 328-329).

Selon cette opinion, il me semble que, lorsque la loi impose l’appartenance à des corporations professionnelles ou de métiers pour exercer une profession ou un métier, cette intervention de l’État est généralement constitutionnelle. Cela tient essentiellement au fait que l’appartenance à l’association est intimement liée à la compétence et au statut professionnels du membre, et qu’elle reflète cette compétence et ce statut. En outre, la structure créée par la loi sert l’intérêt public. Donc, à moins que l’on puisse démontrer que l’association forcée compromet gravement les droits à la liberté d’une personne, les garanties accordées

afforded by s. 2(d) will have been respected in such circumstances.

The legislation at issue in the present case, however, is quite different and is unique in Canada insofar as its compelled union membership is concerned. Most notably, within the terms of the legislation, it fails to provide any justification for the compelled union association that it envisages for Quebec's construction industry. Membership in union groups is not contingent upon any competency requirements and thus, there is no public assurance that workers within these groups will have the necessary skills and abilities to carry out their trade. As a result, I am of the view that the state-imposed association established by the *Construction Act* does not promote the common good, or "further the collective social welfare" within the context of s. 2(d) of the *Charter*.

Furthermore, I believe that the provisions of this legislation impair the appellants' liberty interests. The present appeal involves construction workers in Quebec who have no choice but to unionize in order to carry out their work. Their liberty is further restricted by the fact that they must become members of one of five union groups that have been specifically accepted by the state. In my view, these factors provide a clear indication that the legislative scheme established by the *Construction Act* results in a serious impairment of individual liberty interests. In particular, it requires that even those morally opposed to union membership belong to such an association, and it limits the individual's freedom to join the association of his or her choice.

For these reasons, I am of the view that the *Construction Act* does not pass constitutional muster when assessed through the lens of s. 2(d), as interpreted by La Forest J. in *Lavigne*. This being the case, it becomes necessary to examine whether this constitutional infringement can be saved under s. 1 of the *Charter*.

Although LeBel J. found that the *Construction Act* did not violate the right to be free from compelled association under s. 2(d), he proceeded to consider the application of s. 1 of the *Charter*. He

par l'al. 2d) sont respectées dans les circonstances.

Les dispositions législatives en cause en l'espèce sont cependant fort différentes et elles sont uniques au Canada en ce qui a trait à l'adhésion syndicale obligatoire. En particulier, elles ne justifient aucunement l'adhésion syndicale forcée qu'elles prévoient pour le secteur de la construction du Québec. L'appartenance aux groupes syndicaux ne dépend pas du respect d'exigences de compétence, de sorte qu'il n'y a aucune garantie publique que les travailleurs faisant partie de ces groupes possèdent les aptitudes et habiletés nécessaires pour exercer leur métier. Je suis donc d'avis que l'association que l'État impose par le biais de la *Loi sur la construction* ne sert pas le bien commun ni ne « favoris[e] le bien-être collectif et social » dans le contexte de l'al. 2d) de la *Charte*.

De plus, j'estime que cette loi porte atteinte aux droits à la liberté des appelants. Le présent pourvoi concerne des travailleurs de la construction au Québec qui n'ont pas d'autre choix que de se syndiquer pour pouvoir travailler. Le fait qu'ils doivent adhérer à l'un des cinq groupes syndicaux expressément acceptés par l'État restreint davantage leur liberté. À mon avis, ces facteurs indiquent clairement que le régime législatif établi par la *Loi sur la construction* entraîne une atteinte grave aux droits à la liberté individuelle. Le régime exige notamment que même ceux qui s'opposent par principe à la syndicalisation se syndiquent et il limite la liberté de la personne d'adhérer à l'association de son choix.

Pour ces motifs, je suis d'avis que la *Loi sur la construction* ne résiste pas à l'examen de sa constitutionnalité lorsqu'on l'évalue à la lumière de l'al. 2d), selon l'interprétation du juge La Forest dans *Lavigne*. Cela étant, il faut déterminer si cette violation constitutionnelle peut se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*.

Même si le juge LeBel conclut que la *Loi sur la construction* ne viole pas le droit de ne pas être forcé de s'associer garanti par l'al. 2d), il examine l'application de l'article premier de la

287

288

289

290

concluded that even if the legislation restricted the appellants' constitutional guarantees, it was justified under s. 1. I agree with this part of LeBel J.'s analysis. In particular, I share his view that the *Construction Act* was adopted within a unique and complex historical context, and served to promote distinct social and economic objectives that were, and remain, pressing and substantial. Further, based on the reasoning of LeBel J., I am of the view that the legislation is rationally connected to these objectives, it minimally impairs the freedoms guaranteed under s. 2(d), and its benefits outweigh its deleterious effects.

291 For all of the foregoing reasons, I believe that the *Construction Act* may remain in force, and I would dismiss the appeal. Accordingly, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1 and 120 of an *Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry* and s. 23 of the *Regulation respecting the election of a representative association by the employees of the construction industry* restrict the guarantees of freedom of association under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If so, is the restriction justified under s. 1 of the *Charter*?

Yes.

Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and MAJOR, BASTARACHE and BINNIE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Grey Casgrain, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the mis en cause: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Charte. Il juge que, même si la loi restreint les garanties constitutionnelles des appelants, elle est justifiée en vertu de l'article premier. Je souscris à cette partie de l'analyse du juge LeBel. En particulier, je conviens avec lui que la *Loi sur la construction* a été adoptée dans un contexte historique unique et complexe et a servi à favoriser des objectifs sociaux et économiques distincts qui étaient, et demeurent, urgents et réels. De plus, me fondant sur le raisonnement du juge LeBel, je suis d'avis que la loi est rationnellement liée à ces objectifs, qu'elle porte atteinte de façon minimale aux libertés garanties par l'al. 2d) et que ses avantages l'emportent sur ses effets préjudiciables.

Pour les motifs qui précèdent, j'estime que la *Loi sur la construction* doit demeurer en vigueur et je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes :

1. Est-ce que les art. 28 à 40, 85.5, 85.6, 119.1 et 120 de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction* et l'art. 23 du *Règlement sur le choix d'une association représentative par les salariés de l'industrie de la construction* restreignent la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Dans l'affirmative, cette restriction est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

Oui.

Pourvoi rejeté, le juge en chef McLACHLIN et les juges MAJOR, BASTARACHE et BINNIE sont dissidents.

Procureurs des appelants: Grey Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs du mis en cause: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener Commission de la construction du Québec: Ménard, Boucher, Montréal.

Solicitor for the interveners Centrale des syndicats démocratiques (CSD-Construction), Confédération des syndicats nationaux (CSN-Construction) and Conseil provincial du Québec des métiers de la construction (International): Robert Toupin, Montréal.

Solicitor for the intervener Fédération des travailleurs du Québec (FTQ-Construction): Robert Laurin, Sainte-Julie, Québec.

Solicitors for the intervener Canadian Coalition of Open Shop Contracting Associations: Heenan Blaikie, Vancouver.

Solicitors for the intervener Canadian Office of the Building and Construction Trades Department, AFL-CIO: Caley & Wray, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Commission de la construction du Québec : Ménard, Boucher, Montréal.

Procureur des intervenants la Centrale des syndicats démocratiques (CSD-Construction), la Confédération des syndicats nationaux (CSN-Construction) et le Conseil provincial du Québec des métiers de la construction (International) : Robert Toupin, Montréal.

Procureur de l'intervenante la Fédération des travailleurs du Québec (FTQ-Construction) : Robert Laurin, Sainte-Julie, Québec.

Procureurs de l'intervenante la Canadian Coalition of Open Shop Contracting Associations : Heenan Blaikie, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Bureau canadien du Département des métiers de la construction, FAT-COI : Caley & Wray, Toronto.

DaiGeun Rhee *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. RHEE

Neutral citation: 2001 SCC 71.

File No.: 27863.

2001: April 27; 2001: October 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of attempted murder and assault causing bodily harm — Whether pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

The accused was charged with attempted murder and assault causing bodily harm. The Crown's case was based on the complainants' testimony as well as on circumstantial evidence. In defence, the accused testified as to his version of events. The trial judge charged the jury on the issues of reasonable doubt, credibility and circumstantial evidence. When describing reasonable doubt, the trial judge, who did not have the benefit of this Court's decision in *Lifchus*, stated: "The term 'reasonable doubt' is to be given its natural meaning. It is not a legal term having some special connotation." He did not instruct the jury that more than mere probable guilt was required to satisfy the Crown's burden of proof. The jury found the accused guilty of both charges. The accused appealed his conviction arguing, in particular, that the trial judge misdirected the jury on the proper definition of reasonable doubt. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, holding that the errors alleged could not have misled the jury.

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

DaiGeun Rhee *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. RHEE

Référence neutre : 2001 CSC 71.

N^o du greffe : 27863.

2001 : 27 avril; 2001 : 19 octobre.

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

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

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de tentative de meurtre et de voies de fait causant des lésions corporelles — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à l'arrêt Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

L'accusé a été inculpé de tentative de meurtre et de voies de fait causant des lésions corporelles. La preuve du ministère public reposait sur le témoignage des plaignantes et sur certains éléments de preuve circonstancielle. Pour sa défense, l'accusé a exposé sa version des faits. Le juge du procès a donné des directives au jury sur les questions du doute raisonnable, de la crédibilité et de la preuve circonstancielle. En décrivant le doute raisonnable, le juge du procès, qui ne bénéficiait pas de l'arrêt *Lifchus* de notre Cour, a affirmé : « On doit donner au terme "doute raisonnable" le sens qui s'en dégage naturellement. Il ne s'agit pas d'un terme juridique ayant une connotation particulière. » Il n'a pas informé le jury qu'une norme plus élevée que la simple culpabilité probable était requise pour que le ministère public s'acquitte de son fardeau de preuve. Le jury a déclaré l'accusé coupable relativement aux deux chefs d'accusation. L'accusé a interjeté appel contre sa déclaration de culpabilité en faisant valoir notamment que le juge du procès avait donné au jury des directives erronées sur la définition appropriée du doute raisonnable. La Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel pour le motif que les erreurs alléguées ne pouvaient pas avoir induit le jury en erreur.

Arrêt (le juge LeBel est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

Per Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ.: Appellate review of a charge to the jury is not a mechanical task, but rather an assessment of whether the deficiencies in the charge, as compared to the *Lifchus* standard, cause serious concern about the jury's verdict. The key question is whether the charge, in the context of the entire trial, substantially complies with the principles expressed in *Lifchus* so that as a whole it does not give rise to the reasonable likelihood that the jury misunderstood the correct standard of proof. When reviewing a pre-*Lifchus* charge, there is no particular mistake or omission that will automatically constitute a reversible error in and of itself, nor is there an additional instruction that will immediately cure a particular shortcoming. Where the majority of a charge complies with *Lifchus* principles, but the trial judge has omitted to expressly indicate that more than probable guilt is required, or has made that omission in conjunction with another error, such as defining reasonable doubt as having a plain and ordinary meaning, these shortcomings can be countered by other parts of the jury instructions that serve to make the proper definition of reasonable doubt more clear. Here, the charge as a whole was in substantial compliance with *Lifchus* principles. Although, viewed in light of *Lifchus*, certain aspects of the charge were deficient, other parts of the jury instruction dealing with credibility and circumstantial evidence served to clarify the proper definition of reasonable doubt so that there can be no reasonable concern that the jury may have proceeded to convict by applying the wrong standard of proof.

Per LeBel J. (dissenting): The primary concept arising out of *Lifchus* is that the trial judge must explain to the jury that proof beyond a reasonable doubt is distinct from, and a higher standard than, proof on a balance of probabilities. Although no particular words need to be used, this essential concept must be conveyed as part of the required explanation of reasonable doubt. The jury must be made aware that a probability standard is not sufficient to determine criminal guilt. In this case, the charge was not in substantial compliance with the principles in *Lifchus* and was therefore inadequate. First, the jury was instructed that the term "reasonable doubt" was to be given its natural meaning, and was not a legal term having some special connotation. This explanation invited the jurors to rely on their own personal views or experience about what reasonable doubt may mean, and was likely an invitation to apply a probability standard similar to that which they would apply in making their everyday decisions. Second, although the instruction warned the

Les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour : L'examen en appel d'un exposé au jury n'est pas une tâche machinale, mais bien une évaluation consistant à déterminer si, d'après la norme établie dans l'arrêt *Lifchus*, les défauts de l'exposé soulèvent des craintes sérieuses quant à la validité du verdict du jury. Il s'agit principalement de savoir si, dans le contexte de l'ensemble du procès, l'exposé en question est conforme pour l'essentiel aux principes énoncés dans l'arrêt *Lifchus*, de sorte que, considéré dans son ensemble, il ne donne pas lieu à une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Lors de l'examen d'un exposé antérieur à l'arrêt *Lifchus*, aucune erreur ou omission particulière ne constituera automatiquement, en soi, une erreur donnant ouverture à révision, pas plus qu'une directive additionnelle ne remédiera immédiatement à une faille précise. Lorsque la majeure partie de l'exposé est conforme aux principes de l'arrêt *Lifchus*, mais que le juge du procès a omis d'indiquer expressément qu'une norme plus exigeante que la culpabilité probable était requise ou qu'il a omis de le faire en commettant une autre erreur, comme le fait de définir le doute raisonnable selon son sens ordinaire, de telles failles peuvent être compensées par d'autres parties des directives au jury qui viennent préciser la définition appropriée du doute raisonnable. En l'espèce, l'exposé pris dans son ensemble était conforme pour l'essentiel aux principes de l'arrêt *Lifchus*. Bien que, examinés à la lumière de l'arrêt *Lifchus*, certains éléments de l'exposé en question aient été défectueux, d'autres parties de l'exposé portant sur la crédibilité et la preuve circonstancielle ont servi à préciser la définition à donner au doute raisonnable de sorte qu'il ne saurait exister de crainte raisonnable que le jury ait conclu à la culpabilité en appliquant la mauvaise norme de preuve.

Le juge LeBel (dissident) : Le principal concept qui se dégage de l'arrêt *Lifchus* est que le juge du procès doit expliquer au jury que la preuve hors de tout doute raisonnable est distincte de la preuve selon la prépondérance des probabilités et qu'elle est plus exigeante. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'employer des termes particuliers, ce concept essentiel doit être communiqué dans le cadre de l'explication requise du doute raisonnable. Il faut informer le jury qu'une norme de probabilité n'est pas suffisante pour décider de la culpabilité criminelle. En l'espèce, l'exposé n'était pas conforme pour l'essentiel aux principes de l'arrêt *Lifchus* et était donc inadéquat. Premièrement, le jury a été informé qu'il fallait donner au terme « doute raisonnable » le sens qui s'en dégage naturellement et qu'il ne s'agissait pas d'un terme juridique ayant une connotation particulière. Cette explication invitait les jurés à se fier à leurs croyances ou à leur expérience personnelles pour juger de la signification du doute raisonnable et les invitait

jury away from a standard of proof that is too high, the trial judge made no mention of the inappropriately low standard of probability. As a result, there was a reasonable likelihood that the jury misunderstood this key aspect of its deliberative task.

While the part of the charge dealing with the contradictory evidence seems adequate, this was not sufficient to cure the inadequacy of the general explanation of reasonable doubt. No matter how flawless the instruction may have been with regard to the contradictory evidence, once the jury decided which version of events it was inclined to believe, it still could not have made a fair assessment of guilt if it did not know the proper standard of proof to apply to the evidence in support of that version.

Finally, the trial was essentially a battle of credibility between the accused and the complainants. The assessment of credibility is an everyday exercise likely to be carried out according to a standard based on probability. The relatively simple nature of the trial may therefore have reinforced the jury's impression that no special legal concepts were at play, and that its ordinary approach to probability-based problem solving was appropriate.

Cases Cited

By Arbour J.

Applied: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; *R. v. Avetyan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56; **referred to:** *R. v. K. (K.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 35, 2000 BCCA 161; *R. v. Finley* (2000), 134 B.C.A.C. 142, 2000 BCCA 160; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Brydon* (1995), 95 C.C.C. (3d) 509; *R. v. Lord*, [1995] 1 S.C.R. 747, aff'g (1993), 36 B.C.A.C. 223.

By LeBel J. (dissenting)

R. v. Russell, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Avetyan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56; *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3

vraisemblablement à appliquer une norme de probabilité semblable à celle qu'ils appliqueraient pour prendre leurs décisions de tous les jours. Deuxièmement, bien que cette directive ait mis en garde le jury contre l'application d'une norme de preuve trop exigeante, le juge du procès n'a pas fait mention de la norme de probabilité trop basse pour convenir. En conséquence, il était raisonnablement probable que le jury ait mal compris cet aspect clé de sa tâche de délibération.

Bien que la partie de l'exposé portant sur la preuve contradictoire semble adéquate, ce n'était pas suffisant pour remédier au caractère inadéquat de l'explication générale du doute raisonnable. Aussi parfaites qu'aient été les directives concernant la preuve contradictoire, une fois que le jury avait décidé quelle version des faits il était porté à croire, il lui était encore impossible d'effectuer une appréciation équitable de la culpabilité s'il ignorait la norme qu'il convenait d'appliquer à la preuve présentée à l'appui de cette version des faits.

Enfin, le procès se résumait essentiellement à une confrontation entre l'accusé et les plaignantes pour établir leur crédibilité respective. L'appréciation de la crédibilité est un exercice quotidien qui se fait vraisemblablement selon une norme de probabilité. La nature relativement simple du procès peut donc avoir renforcé l'impression du jury qu'aucun concept juridique particulier n'était en cause et qu'une approche ordinaire fondée sur la probabilité qu'on adopterait pour résoudre des problèmes courants était appropriée.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Arrêts appliqués : *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. c. Avetyan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56; **arrêts mentionnés :** *R. c. K. (K.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 35, 2000 BCCA 161; *R. c. Finley* (2000), 134 B.C.A.C. 142, 2000 BCCA 160; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Brydon* (1995), 95 C.C.C. (3d) 509; *R. c. Lord*, [1995] 1 R.C.S. 747, conf. (1993), 36 B.C.A.C. 223.

Citée par le juge LeBel (dissident)

R. c. Russell, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Avetyan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56; *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3

S.C.R. 521; *R. v. K. (K.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 35, 2000 BCCA 161.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 134 B.C.A.C. 135, 219 W.A.C. 135, [2000] B.C.J. No. 485 (QL), 2000 BCCA 162, dismissing the accused's appeal of his conviction for attempted murder and assault causing bodily harm by the British Columbia Supreme Court. Appeal dismissed, LeBel J. dissenting.

Matthew A. Nathanson, for the appellant.

Alexander Budlovsky and *Ursula Botz*, for the respondent.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

The sole issue in this appeal is whether the British Columbia Court of Appeal erred in concluding that instructions to the jury on reasonable doubt did not mislead the jury in its task of understanding and applying the proper criminal standard of proof as set out in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320. In this case the trial judge did not have the benefit of this Court's reasons in *Lifchus* and the Court of Appeal did not have the benefit of *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55; *R. v. Beauchamp*, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54; and *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56.

Viewed in light of *Lifchus*, certain aspects of the charge in question were deficient. However, in my opinion, other parts of the jury instruction, namely, those dealing with credibility and circumstantial evidence, served to clarify the proper definition of reasonable doubt in the mind of the jury and thus the charge as a whole must be said to be in "substantial compliance" with *Lifchus* principles.

R.C.S. 521; *R. c. K. (K.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 35, 2000 BCCA 161.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 691(1)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 134 B.C.A.C. 135, 219 W.A.C. 135, [2000] B.C.J. No. 485 (QL), 2000 BCCA 162, rejetant l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de tentative de meurtre et de voies de fait causant des lésions corporelles prononcée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Pourvoi rejeté, le juge LeBel est dissident.

Matthew A. Nathanson, pour l'appellant.

Alexander Budlovsky et *Ursula Botz*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

La seule question à trancher dans ce pourvoi est de savoir si la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur en concluant que les directives au jury sur le doute raisonnable ne l'ont pas induit en erreur sur le sens et l'application de la norme de preuve applicable en droit criminel énoncée dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320. En l'espèce, le juge du procès ne bénéficiait pas des motifs de notre Cour dans *Lifchus* et la Cour d'appel ne disposait pas de *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55; *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54; et *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56.

Examinés à la lumière de *Lifchus*, certains éléments de l'exposé en question sont défectueux. À mon avis cependant, d'autres parties de l'exposé, soit celles portant sur la crédibilité et la preuve circonstancielle, ont servi à préciser dans l'esprit du jury la définition à donner au doute raisonnable, et, par conséquent, l'exposé pris dans son ensemble doit être considéré comme « conforme pour

Accordingly, I find no reasonable basis to conclude that the jury may have misapprehended the proper standard of proof to apply, and the appeal should be dismissed.

II. Facts

3 The appellant was convicted in February of 1997 by a jury, on charges of the attempted murder of his wife and of assault causing bodily harm to his daughter. The incident giving rise to those charges occurred in August of 1996, where the appellant was alleged to have attempted to strangle his wife and assault his daughter in the midst of a struggle at the wife's place of residence.

4 The Crown claimed that the accused attacked his wife with the intent to strangle her using a length of rope. This attempt was thwarted when the daughter unexpectedly intervened and a loud struggle, during which the daughter was assaulted by the appellant, forced the appellant to flee the scene. The appellant claims to have been struggling with his wife in an effort to prevent her from strangling herself with a length of rope when his daughter entered the room. The daughter, under the mistaken impression he was assaulting her mother, attacked him and he attempted to subdue her. Eventually, the struggle became very loud and out of control, and the appellant fled the scene. The appellant testified as to his version of events, and the appellant's wife and daughter testified in support of the Crown's version. The Crown's case also rested on some circumstantial evidence.

5 The appellant appealed his conviction to the British Columbia Court of Appeal on several grounds, including that the trial judge erred in law by misdirecting the jury on the proper definition of reasonable doubt. The Court of Appeal convened a special five-judge panel, and heard the case with two others, *R. v. K. (K.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 35, 2000 BCCA 161, and *R. v. Finley* (2000), 134 B.C.A.C. 142, 2000 BCCA 160. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal on the basis that the errors alleged, unlike those made by the trial judge in *Lifchus*, *supra*, could not have misled the jury. However, two judges dissented and found that the trial judge erred in instructing the

l'essentiel » aux principes de *Lifchus*. Je ne vois donc aucun motif raisonnable de conclure que le jury a pu avoir mal compris la norme de preuve à appliquer et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

En février 1997, l'appelant a été déclaré coupable par un jury de tentative de meurtre de sa femme et de voies de fait causant des lésions corporelles à sa fille. L'incident qui a donné lieu aux accusations est survenu en août 1996, alors que l'appelant aurait tenté d'étrangler sa femme et se serait porté à des voies de fait contre sa fille au cours d'une bataille au domicile de sa femme.

Le ministère public soutient que l'appelant a attaqué sa femme avec l'intention de l'étrangler avec un bout de corde. Les efforts de l'appelant ont été mis en échec lorsque sa fille est intervenue inopinément, et une bruyante bataille au cours de laquelle il s'est livré à des voies de fait sur sa fille l'a forcé à s'enfuir. L'appelant prétend qu'il essayait d'empêcher sa femme de s'étrangler avec un bout de corde lorsque sa fille est entrée dans la pièce. Croyant à tort qu'il exerçait des voies de fait contre sa mère, la fille l'a attaqué, et il a tenté de la maîtriser. La bataille devenant très bruyante et hors de contrôle, l'appelant s'est sauvé. L'appelant expose sa version des faits dans son témoignage, tandis que sa femme et sa fille témoignent au soutien de la version du ministère public. La preuve de la poursuite repose également sur certains éléments de preuve circonstancielle.

L'appelant interjette appel de sa déclaration de culpabilité auprès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour plusieurs motifs, notamment le fait que le juge du procès a commis une erreur de droit en donnant au jury des directives erronées sur la définition appropriée du doute raisonnable. La Cour d'appel convoque une formation spéciale de cinq juges et entend l'appel conjointement avec deux autres affaires, soit *R. c. K. (K.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 35, 2000 BCCA 161, et *R. c. Finley* (2000), 134 B.C.A.C. 142, 2000 BCCA 160. Elle rejette l'appel à la majorité au motif que les erreurs alléguées, contrairement à celles commises par le juge du procès dans *Lifchus*, précité, n'ont pas pu

jury to give the term “reasonable doubt” its plain and natural meaning, and that this error was compounded by the trial judge’s failure to instruct the jury that more than probable guilt was required for a conviction. The appeal comes before this Court as of right pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

III. The Courts Below

A. *British Columbia Supreme Court*

The trial judge provided the jury with the following explanation of the meaning of the words “beyond a reasonable doubt”:

The term “reasonable doubt” is to be given its natural meaning. It is not a legal term having some special connotation. A reasonable doubt is an honest and fair doubt based upon reason and common sense, it is a real doubt, not an imaginary or frivolous doubt, it is a doubt based on reason, therefore, if you were to ask yourself why you doubt you could assign a logical reason for your doubt. A logical reason in this context means a reason connected to the evidence itself, including any conflict you may find exists after considering the evidence as a whole or through an absence of evidence which in the circumstances in this case you believe is essential to a conviction.

You must not base your doubt on the proposition that nothing is certain, therefore, you have doubt or on the proposition that anything is possible, therefore, you have a doubt. You are not entitled to set up a standard of absolute certainty and say that the evidence does not measure up to that standard. In many things in life it is not possible to prove absolute certainty.

If after careful consideration of all of the evidence, the addresses of counsel and my instructions on the law, there remains a reasonable doubt in your mind as to the guilt of the accused, the Crown has failed to meet the standard of proof which the law requires, the presumption of innocence would therefore prevail and you must acquit. If, on the other hand, you are satisfied beyond a reasonable doubt as to the guilt of the accused, the presumption of innocence has been displaced, you must convict. When in the course of this charge I tell you what

avoir induit le jury en erreur. Cependant, deux juges ont exprimé leur dissidence et ont conclu que le juge du procès avait commis une erreur en indiquant au jury qu’il fallait donner au terme « doute raisonnable » son sens clair et naturel, et que cette erreur avait été aggravée par l’omission du juge du procès d’informer le jury qu’une déclaration de culpabilité exigeait davantage que la culpabilité probable. Le pourvoi est soumis de plein droit à notre Cour, conformément à l’al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

III. Les tribunaux d’instance inférieure

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge du procès a ainsi expliqué au jury l’interprétation à donner à l’expression « hors de tout doute raisonnable » :

[TRADUCTION] On doit donner au terme « doute raisonnable » le sens qui s’en dégage naturellement. Il ne s’agit pas d’un terme juridique ayant une connotation particulière. Un doute raisonnable est un doute honnête et équitable fondé sur la raison et le bon sens, un doute réel et non un doute imaginaire ou frivole, un doute fondé sur la raison. Donc, si vous deviez vous demander pourquoi vous doutez, vous seriez en mesure de donner une explication logique à votre doute. Dans ce contexte, une explication logique signifie une explication liée à la preuve elle-même, y compris tout conflit auquel vous pourriez conclure après avoir examiné l’ensemble de la preuve ou en raison de l’absence d’éléments de preuve qui, en l’espèce, sont à votre avis essentiels pour le prononcé d’une déclaration de culpabilité.

Vous ne devez pas fonder votre doute sur le principe que rien n’est certain et, donc, vous avez un doute ou encore que tout est possible et, donc, vous avez encore un doute. Vous n’êtes pas en droit d’établir une norme de certitude absolue et d’affirmer que la preuve ne satisfait pas à cette norme. Dans la vie, il n’est souvent pas possible de prouver la certitude absolue.

Si, après un examen minutieux de l’ensemble de la preuve, des exposés des avocats et de mes directives sur le droit, un doute raisonnable persiste dans votre esprit quant à la culpabilité de l’accusé, le ministère public n’a pas satisfait à la norme de preuve que requiert le droit, la présomption d’innocence doit donc l’emporter et vous devez prononcer l’acquittement. Par contre, si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l’accusé, la présomption d’innocence a été écartée et vous devez rendre un

the Crown must prove I will always mean proof beyond a reasonable doubt.

7 With regard to the circumstantial evidence presented by the Crown to demonstrate the accused's criminal intent for attempted murder, the trial judge said:

Before you can find that the accused had the necessary criminal intent, that he specifically intended to cause death, you must be satisfied beyond a reasonable doubt that this intent is the only reasonable inference to be drawn from what you accept as the proven facts. The question on this element is what did the accuse[d] in fact intend to be the result of what he did. Is there any reasonable doubt that he intended to cause death.

8 The trial judge went on to instruct the jury about circumstantial evidence generally as follows:

When considering this and all other circumstantial evidence you must be satisfied beyond a reasonable doubt that where it is relied upon to support a guilty verdict the guilt of the accused is the only reasonable inference to be drawn from the facts as you have found them to be.

9 As this was a case where the accused himself had testified, the trial judge also charged the jury with instructions similar to those endorsed by this Court in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, as follows:

If you believe the accused you must find him not guilty. If you do not know who to believe as between the accused and his wife and daughter you must also find him not guilty. If you do not believe him but his testimony nonetheless causes you to have reasonable doubt you must find him not guilty. Even if you do not believe the accused and his testimony does not cause you to have reasonable doubt then you must put his testimony to one side and consider whether on the balance of all the remaining evidence the Crown has proven the offence charged beyond a reasonable doubt.

10 At the end of the charge, the trial judge asked counsel for comments and there were no questions,

verdict de culpabilité. Lorsque, dans le cadre de cet exposé, je vous dirai ce que le ministère public doit prouver, je ferai toujours référence à la preuve hors de tout doute raisonnable.

En ce qui concerne la preuve circonstancielle que le ministère public a produite pour démontrer l'intention criminelle de l'accusé quant à la tentative de meurtre, le juge du procès a déclaré :

[TRADUCTION] Avant de conclure que l'accusé avait l'intention criminelle requise, qu'il avait tout spécialement l'intention de causer la mort, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que cette intention est la seule inférence raisonnable qui puisse être tirée de ce que vous avez accepté comme étant les faits prouvés. Sur ce point, il faut se demander quelles conséquences l'accusé avait-il réellement voulu voir découler de ses actes. Y a-t-il un doute raisonnable quant à son intention de causer la mort?

Le juge du procès a ensuite fourni au jury des directives générales à propos de la preuve circonstancielle :

[TRADUCTION] À l'examen de l'ensemble de la preuve circonstancielle, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que, lorsque le verdict de culpabilité repose sur une telle preuve, la culpabilité de l'accusé est la seule inférence raisonnable qui puisse être tirée des faits que vous avez constatés.

Comme il s'agit d'une affaire où l'accusé avait lui-même témoigné, le juge du procès a également donné au jury les directives suivantes semblables à celles auxquelles notre Cour a donné son aval dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742 :

[TRADUCTION] Si vous croyez l'accusé, vous devez le déclarer non coupable. Si vous ne savez pas qui croire entre l'accusé, d'une part, et sa femme et sa fille, d'autre part, vous devez également le déclarer non coupable. Si vous ne croyez pas l'accusé mais que son témoignage soulève néanmoins chez vous un doute raisonnable, vous devez le déclarer non coupable. Même si vous ne croyez pas l'accusé et que son témoignage ne soulève chez vous aucun doute raisonnable, vous devez alors faire abstraction de son témoignage et examiner si, compte tenu des autres éléments de preuve, le ministère public a, hors de tout doute raisonnable, fait la preuve de l'infraction reprochée.

Au terme de l'exposé, le juge du procès a demandé aux avocats s'ils avaient des commentai-

concerns or objections noted. The jury subsequently convicted the appellant of attempted murder (against his wife) and assault causing bodily harm (against his daughter).

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 134 B.C.A.C. 135, 2000 BCCA 162

1. Esson J.A. (Braidwood and Hall JJ.A. concurring)

On appeal, the appellant alleged five errors with respect to the trial judge's charge on reasonable doubt, and further alleged that the trial judge misdirected the jury on the application of reasonable doubt to the issue of credibility. One ground for appeal was abandoned at the hearing, and all but two of the other errors alleged were unanimously rejected by the court.

Of the two key shortcomings in the trial judge's charge to the jury on reasonable doubt, the first error was characterized by Esson J.A. as an error of commission, in that the trial judge instructed the jury that reasonable doubt is not a legal term with any special legal connotation. Instead, the trial judge charged that:

The term "reasonable doubt" is to be given its natural meaning. It is not a legal term having some special connotation.

Esson J.A. acknowledged that failure to characterize reasonable doubt as a legal term having a special meaning was held by this Court in *Lifchus* to be an error in law. At para. 6, the majority of the Court of Appeal quoted Cory J. in *Lifchus* at para. 22, as follows:

The phrase "beyond a reasonable doubt", is composed of words which are commonly used in everyday speech. Yet, these words have a specific meaning in the legal context. This special meaning of the words "reasonable doubt" may not correspond precisely to the meaning ordinarily attributed to them. In criminal proceedings, where the liberty of the subject is at stake, it is of fundamental importance that jurors fully understand the

res, et aucune question, réserve ou objection n'a été notée. Par la suite, le jury a déclaré l'appelant coupable de tentative de meurtre (de sa femme) et de voies de fait causant des lésions corporelles (à sa fille).

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2000), 134 B.C.A.C. 135, 2000 BCCA 162

1. Le juge Esson (avec l'appui des juges Braidwood et Hall)

En appel, l'appelant allègue que l'exposé du juge du procès sur le doute raisonnable comporte cinq erreurs; il prétend en outre que le juge du procès a donné des directives erronées au jury sur l'application du doute raisonnable à la question de la crédibilité. À l'audience, il y a eu abandon d'un moyen d'appel et, à l'unanimité, la cour rejette toutes les autres erreurs reprochées, à l'exception de deux.

Des deux principales failles de l'exposé au jury sur le doute raisonnable, le juge Esson qualifie la première erreur d'erreur d'action, car le juge du procès a informé le jury que le doute raisonnable n'était pas un terme juridique ayant une connotation juridique particulière. Le juge du procès a plutôt donné la directive suivante :

[TRADUCTION] On doit donner au terme « doute raisonnable » le sens qui s'en dégage naturellement. Il ne s'agit pas d'un terme juridique ayant une connotation particulière.

Le juge Esson reconnaît que, dans *Lifchus*, notre Cour a statué que l'omission de caractériser le doute raisonnable comme étant un terme juridique ayant un sens spécial constitue une erreur de droit. Au paragraphe 6, les juges majoritaires de la Cour d'appel citent les propos suivants tenus par le juge Cory au par. 22 de l'arrêt *Lifchus* :

L'expression « hors de tout doute raisonnable » est composée de mots qui sont utilisés couramment dans la langue de tous les jours. Cependant, ces mots ont un sens précis dans le contexte juridique. Il est possible que ce sens spécial des mots « doute raisonnable » ne corresponde pas exactement au sens qui leur est donné ordinairement. Dans le cadre de poursuites pénales, où la liberté de l'intéressé est en jeu, il est d'une importance

11

12

nature of the burden of proof that the law requires them to apply.

13

However, the majority concluded that the error in this case, unlike the situation in *Lifchus*, *supra*, could not have misled the jury, given the specific context of the charge itself, since the trial judge went on to define reasonable doubt more specifically. Esson J.A. commented that “it must be seen as being at worst a harmless error if, before *Lifchus*, it could be considered an error at all” (para. 7). Similarly, Esson J.A. found that the use of qualifiers such as “honest”, “fair” and “real” with reasonable doubt did not, in the circumstances of this case, constitute language that would give rise to any likelihood the jury might misapprehend the standard of proof.

14

The second key shortcoming alleged in the charge was an error of omission, namely, that the judge failed to instruct the jury that more than mere probable guilt was required to satisfy the Crown’s burden of proof. Arguments that this omission should constitute a reversible error were rejected by Esson J.A. for reasons discussed in *K. (K.)*, one of the two cases heard by the British Columbia Court of Appeal simultaneously with this one. In *K. (K.)*, Esson J.A. concluded that the alleged errors did not contravene authority that existed before *Lifchus*, and, since *Lifchus* was meant to apply prospectively, there was no reason to disregard the principles that existed at the time the charge was delivered (i.e., *R. v. Brydon* (1995), 95 C.C.C. (3d) 509 (B.C.C.A.); *R. v. Lord*, [1995] 1 S.C.R. 747, aff’g (1993), 36 B.C.A.C. 223). In reference to the omission of various “reasonable doubt” instructions recommended in *Lifchus*, Esson J.A. noted in *K. (K.)*, at para. 35:

At the time the charge was given there was no authority which required the trial judge to include the words “absence of evidence”, or to instruct the jury that proof beyond a reasonable doubt is something more than proof on the balance of probabilities, or to instruct the jury that it must be “sure”. Those matters are included in

fondamentale que les jurés comprennent pleinement la nature du fardeau de la preuve que le droit leur demande d’appliquer.

Cependant, la majorité conclut que l’erreur en l’espèce, contrairement à la situation dans *Lifchus*, précité, ne peut pas avoir induit le jury en erreur compte tenu du contexte particulier de l’exposé lui-même, le juge du procès ayant par la suite défini le doute raisonnable de manière plus précise. Le juge Esson a fait le commentaire suivant : [TRADUCTION] « il doit être considéré au pire comme une erreur inoffensive, à supposer que, avant *Lifchus*, il ait pu être considéré comme une erreur » (par. 7). De même, le juge Esson estime que l’emploi d’adjectifs tels que « honnête », « équitable » et « réel » pour qualifier le doute raisonnable ne donne pas lieu, dans les circonstances de l’espèce, à une quelconque probabilité que le jury ait mal compris la norme de preuve.

La seconde principale faille alléguée est une erreur d’omission, c’est-à-dire que le juge a omis d’informer le jury qu’une norme plus élevée que la simple culpabilité probable était requise pour que le ministère public s’acquitte de son fardeau de preuve. Pour les motifs exposés dans *K. (K.)*, une des deux causes entendues par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique en même temps que celle-ci, le juge Esson a rejeté les arguments voulant que cette omission constitue une erreur donnant ouverture à révision. Dans *K. (K.)*, le juge Esson a conclu que les erreurs alléguées ne contrevenaient pas à la jurisprudence antérieure à *Lifchus* et que, comme cet arrêt vise à s’appliquer seulement pour l’avenir, il n’y avait aucune raison de ne pas tenir compte des principes qui existaient au moment de l’exposé (soit *R. c. Brydon* (1995), 95 C.C.C. (3d) 509 (C.A.C.-B.); *R. c. Lord*, [1995] 1 R.C.S. 747, conf. (1993), 36 B.C.A.C. 223). En ce qui concerne l’omission de diverses directives sur le « doute raisonnable » recommandées dans *Lifchus*, le juge Esson note au par. 35 de *K. (K.)* :

[TRADUCTION] Au moment de l’exposé, la jurisprudence n’exigeait pas que le juge du procès utilise le terme « absence de preuve » ou qu’il donne au jury la directive que la preuve hors de tout doute raisonnable est plus exigeante que la preuve selon la prépondérance des probabilités, ou encore qu’il dise au jury qu’il doit être

the suggested charge in *Lifchus* to which trial judges no doubt are now paying respectful attention.

In accordance with *Lifchus* and *W. (D.)*, Esson J.A. applied the proper standard to the alleged errors in the trial judge's charge, aptly summarized in *K. (K.)*, at para. 39:

... an error will not be grounds for reversal "if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply". But if the charge as a whole "gives rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof", the verdict will generally have to be set aside. [First quote from *W. (D.)*, at p. 758, as cited in *Lifchus*, at para. 41; second quote from *Lifchus*, at para. 41.]

Noting that no objection was raised at trial with regard to any aspect of the charge delivered by the trial judge, Esson J.A. rejected all grounds of appeal based on alleged deficiencies in the charge.

2. Newbury J.A. (Rowles J.A. concurring)

Like the majority, Newbury J.A., writing in dissent, asserted that the critical question before the court was not whether the trial judge correctly followed the charge as set out in *Lifchus*, but rather whether the basic question asked by Cory J. in that case, namely, whether the charge "gives rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof", could be answered in the affirmative. Newbury J.A. noted that this Court felt compelled to order a retrial in *Lifchus* based, in part, on an error similar to that alleged in the current case. In *Lifchus*, the trial judge instructed the jury that the words "reasonable doubt" were to be interpreted in their "ordinary, natural every day sense". If this error could deprive the accused of a fair trial in *Lifchus*, Newbury J.A. concluded the same error would likely have the same effect in the case at bar.

« sûr ». Ces points figurent dans le modèle d'exposé de *Lifchus* auquel les juges du procès portent sans doute aujourd'hui une attention toute particulière.

Conformément aux arrêts *Lifchus* et *W. (D.)*, le juge Esson a appliqué la norme appropriée aux erreurs alléguées dans l'exposé du juge du procès, norme qui a été habilement résumée au par. 39 de l'arrêt *K. (K.)* :

[TRADUCTION] ... une erreur ne constituera pas un motif d'annulation « si l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent ». Par contre, si l'exposé dans son ensemble « soulève une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable », le verdict devra en général être annulé. [Premier extrait tiré de *W. (D.)*, p. 758, cité dans *Lifchus*, par. 41; second extrait tiré de *Lifchus*, par. 41.]

Notant qu'aucune exception n'a été soulevée au procès quant à un aspect quelconque de l'exposé du juge du procès, le juge Esson a rejeté tous les moyens d'appel fondés sur les allégations de défec-tuosité dans l'exposé.

2. Le juge Newbury (avec l'appui du juge Rowles)

Tout comme la majorité, Madame le juge Newbury, dissidente, affirme que la question cruciale dont la cour est saisie n'est pas de savoir si le juge du procès s'est conformé comme il se doit à l'exposé énoncé dans *Lifchus*; il s'agit plutôt de déterminer si la question fondamentale posée par le juge Cory dans cet arrêt, soit si l'exposé « soulève une probabilité raisonnable que le jury a mal compris la norme de preuve applicable », peut recevoir une réponse affirmative. Le juge Newbury note que notre Cour a conclu à la nécessité d'ordonner un nouveau procès dans *Lifchus*, en raison notamment d'une erreur semblable à celle alléguée en l'espèce. Dans *Lifchus*, le juge du procès avait informé le jury que le terme « doute raisonnable » devait être interprété dans son « sens ordinaire, dans [son] sens naturel, celui de tous les jours ». Si cette erreur a pu priver l'accusé d'un procès équitable dans *Lifchus*, elle risque vraisemblablement, d'après le juge Newbury, d'entraîner les mêmes conséquences en l'espèce.

15

16

17

18

According to Newbury J.A., this error was compounded by the trial judge's failure to instruct the jury that more than probable guilt is required for a conviction. While she perceived equating reasonable doubt with its plain and ordinary meaning a more serious error, Newbury J.A. concluded that the errors together suggest that the jury may not have fully understood the meaning of reasonable doubt. Quoting from *Lifchus* in *K. (K.)*, to which Newbury J.A. referred in disposing of the current case, she highlighted at para. 48 that the jury "must be aware that the standard of proof is higher than the standard applied in civil actions of proof" (*Lifchus*, at para. 14) and, "[t]hey should be told that proof establishing a probability of guilt is not sufficient to establish guilt beyond a reasonable doubt" (*Lifchus*, at para. 32 (emphasis added by Cory J.)).

IV. Issue

19

The question before us is whether the charge to the jury substantially complies with the principles enunciated in *Lifchus*. More specifically, on the basis of the dissent from the British Columbia Court of Appeal, does an instruction to the jury that reasonable doubt is not a legal term having some special connotation, as compounded by the failure to instruct the jury that more than probable guilt is required for a conviction, amount to a reversible error in the circumstances of this case?

V. Analysis

20

The proper approach in explaining reasonable doubt to a jury was settled in *Lifchus*, where Cory J. summarized at paras. 36-37 that, while no specific set of words had to be adhered to, in substance the judge should convey to the jury the following:

- the standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably intertwined with that principle fundamental to all criminal trials, the presumption of innocence;

Selon le juge Newbury, cette erreur est aggravée par l'omission du juge du procès d'informer le jury qu'une déclaration de culpabilité exige davantage que la culpabilité probable. Bien qu'à son avis l'interprétation du doute raisonnable selon son sens ordinaire constitue une erreur plus grave, le juge Newbury conclut que ces erreurs collectivement donnent à penser que le jury pouvait ne pas avoir entièrement compris le sens de « doute raisonnable ». Citant *Lifchus* dans l'arrêt *K. (K.)*, auquel elle se réfère pour statuer sur la présente affaire, le juge Newbury souligne au par. 48 que les jurés « doivent savoir que [. . .] la norme de preuve est plus exigeante que celle appliquée dans les litiges civils » (*Lifchus*, par. 14) et qu'« [i]l faudrait leur dire qu'une preuve établissant une probabilité de culpabilité n'est pas suffisante pour établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable » (*Lifchus*, par. 32 (soulignement ajouté par le juge Cory)).

IV. Question en litige

La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si l'exposé au jury est conforme pour l'essentiel aux principes de *Lifchus*. Plus précisément, compte tenu de la dissidence en Cour d'appel de la Colombie-Britannique, une directive au jury selon laquelle le terme « doute raisonnable » n'est pas une expression juridique ayant une connotation particulière, à laquelle s'ajoute l'omission du juge d'indiquer au jury qu'une déclaration de culpabilité exige davantage que la culpabilité probable, équivaut-elle à une erreur donnant ouverture à révision dans les circonstances?

V. Analyse

L'arrêt *Lifchus* a établi la manière dont il convient d'expliquer le doute raisonnable; aux par. 36-37 de cet arrêt, le juge Cory a déclaré en résumé qu'aucun ensemble précis de mots ne s'imposait et qu'en substance, le juge du procès devait communiquer au jury les principes suivants :

- la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée au principe fondamental de tous les procès pénaux, c'est-à-dire la présomption d'innocence;

- the burden of proof rests on the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused;
- a reasonable doubt is not a doubt based upon sympathy or prejudice;
- rather, it is based upon reason and common sense;
- it is logically connected to the evidence or absence of evidence;
- it does not involve proof to an absolute certainty; it is not proof beyond any doubt nor is it an imaginary or frivolous doubt; and
- more is required than proof that the accused is probably guilty — a jury which concludes only that the accused is probably guilty must acquit.

On the other hand, certain references to the required standard of proof should be avoided. For example:

- describing the term “reasonable doubt” as an ordinary expression which has no special meaning in the criminal law context;
- inviting jurors to apply to the task before them the same standard of proof that they apply to important, or even the most important, decisions in their own lives;
- equating proof “beyond a reasonable doubt” to proof “to a moral certainty”;
- qualifying the word “doubt” with adjectives other than “reasonable”, such as “serious”, “substantial” or “haunting”, which may mislead the jury; and
- instructing jurors that they may convict if they are “sure” that the accused is guilty, before providing them with a proper definition as to the meaning of the words “beyond a reasonable doubt”. [Emphasis in original.]

The applicability of these guidelines to jury instructions delivered before *Lifchus* was addressed in *Russell, Avetysan, Starr* and *Beauchamp*, all *supra*. The majority of this Court in *Starr* held that “[a] court reviewing a pre-*Lifchus* jury charge must examine it to make sure that it was in substantial compliance with the principles set out in that case” (para. 237). Appellate review of a charge to the jury is not a mechanical task, but rather an assessment

- le fardeau de la preuve incombe à la poursuite tout au long du procès et ne se déplace jamais sur les épaules de l’accusé;
- un doute raisonnable ne peut être fondé sur la sympathie ou sur un préjugé;
- il repose plutôt sur la raison et le bon sens;
- il a un lien logique avec la preuve ou l’absence de preuve;
- la norme n’exige pas une preuve correspondant à la certitude absolue; il ne s’agit pas d’une preuve au-delà de n’importe quel doute; il ne peut s’agir non plus d’un doute imaginaire ou frivole;
- il faut davantage que la preuve que l’accusé est probablement coupable — le jury qui conclut seulement que l’accusé est probablement coupable doit acquitter l’accusé.

Par contre, certaines mentions concernant la norme de preuve requise doivent être évitées. Par exemple :

- le fait de décrire l’expression « doute raisonnable » comme étant une expression ordinaire, qui n’a pas de sens spécial dans le contexte du droit pénal;
- le fait d’inviter les jurés à appliquer la même norme de preuve que celle qu’ils utilisent, dans leur propre vie, pour prendre des décisions importantes, voire les plus importantes de ces décisions;
- le fait d’assimiler preuve « hors de tout doute raisonnable » à une preuve correspondant à la « certitude morale »;
- le fait de qualifier le mot « doute » par d’autres adjectifs que « raisonnable », par exemple « sérieux », « substantiel » ou « obsédant », qui peuvent induire le jury en erreur;
- le fait de dire aux jurés qu’ils peuvent déclarer l’accusé coupable s’ils sont « sûrs » de sa culpabilité, avant de leur avoir donné une définition appropriée du sens des mots « hors de tout doute raisonnable ». [Souligné dans l’original.]

L’applicabilité de ces lignes directrices aux directives fournies au jury avant *Lifchus* a été analysée dans *Russell, Avetysan, Starr* et *Beauchamp*, tous précités. Les juges majoritaires de notre Cour dans *Starr* ont déclaré que « [l]a cour qui examine un exposé au jury antérieur à l’arrêt *Lifchus* doit le faire dans le but de s’assurer qu’il était conforme, pour l’essentiel, aux principes établis dans cet arrêt » (par. 237). L’examen en appel d’un exposé au jury n’est

of whether the deficiencies in the charge, as compared to the *Lifchus* standard, cause serious concern about the jury's verdict. However, the failure of such charges to reflect *Lifchus* principles "cannot be taken to raise by that alone the spectre of an unfair trial or miscarriage of justice" (*Russell, supra*, at para. 24). Rather, the key question to ask is whether the charge in question substantially complies with the principles expressed in *Lifchus*, so that, as a whole, it does not give rise to the reasonable likelihood that the jury misunderstood the correct standard of proof. Major J. succinctly stated the position in *Avetysan, supra*, as follows, at para. 12:

It is worth stressing that the principles in *Lifchus* are to be applied in a manner that will encourage improvements in the wording of jury charges, but do not vitiate past charges where the language used, although no longer preferred, meets the substantially correct test. A jury charge given before or after the *Lifchus* decision should not be faulted merely for imprecise language. Rather, as was stated in *Starr, supra*, it should be reviewed to determine whether it substantially complies with the *Lifchus* principles. As applied in *Russell, supra*, and *Beauchamp, supra*, the basic question remains: Does the charge, read as a whole, give rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the correct standard of proof? If not, the charge is adequate.

22

I stress again that the evaluation by the Court of Appeal of the likely consequences of errors in a jury charge on the definition of reasonable doubt is a case-specific exercise. The shortcomings of the charge must be assessed in light of the charge as a whole and in the context of the entire trial.

23

In four appeals similar to the present one, where a pre-*Lifchus* charge was challenged as giving rise to the reasonable likelihood that the jury would misapprehend the correct standard of proof, this Court ordered new trials in two of those cases, *Starr* and *Avetysan*.

pas une tâche machinale, mais bien une évaluation consistant à déterminer si, d'après la norme établie dans *Lifchus*, les déficiences de l'exposé soulèvent des craintes sérieuses quant à la validité du verdict du jury. Cependant, le fait que de tels exposés ne reflètent pas les principes de *Lifchus* « ne peut pas donner naissance à lui seul au spectre du procès inéquitable ou de l'erreur judiciaire » (*Russell*, précité, par. 24). Au contraire, il s'agit principalement de savoir si l'exposé en question est conforme pour l'essentiel aux principes énoncés dans *Lifchus*, de sorte que, considéré dans son ensemble, il ne donne pas lieu à une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Le juge Major a ainsi exposé de façon succincte ce point de vue dans *Avetysan*, précité, par. 12 :

Il est utile de souligner que les principes développés dans l'arrêt *Lifchus* doivent être appliqués d'une façon visant à améliorer la formulation des exposés au jury, mais ne rendent pas invalides des exposés antérieurs qui, même s'ils utilisent des expressions qui ne devraient plus avoir cours, satisfont pour l'essentiel au critère applicable. Un exposé au jury antérieur ou postérieur à l'arrêt *Lifchus* ne devrait pas être jugé défectueux pour la seule raison que sa formulation est imprécise. Il s'agit plutôt, comme le dit l'arrêt *Starr* de déterminer s'il est essentiellement conforme aux principes de *Lifchus*. Comme dans les affaires *Russell* et *Beauchamp*, précitées, la question de base demeure celle de savoir si l'exposé, pris dans son ensemble, donne lieu à une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable. Si la réponse est négative, l'exposé est adéquat.

Je tiens à souligner une fois de plus que la Cour d'appel doit évaluer les conséquences vraisemblables découlant d'erreurs dans l'exposé au jury sur la définition de doute raisonnable en procédant à un examen au cas par cas. Les failles de l'exposé doivent être examinées en fonction de l'ensemble de l'exposé et selon le contexte de l'ensemble du procès.

Sur quatre pourvois semblables à celui-ci, où on a contesté la validité d'un exposé antérieur à *Lifchus* au motif qu'il a donné lieu à la probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve applicable, notre Cour a ordonné la tenue de nouveaux procès pour deux d'entre eux : *Starr* et *Avetysan*.

In *Starr*, the trial judge expressly instructed the jury that the words “reasonable doubt” have no “special connotation” and “no magic meaning that is peculiar to the law”. Further, the trial judge told the jury that it could convict on a basis of something less than absolute certainty, but did not go on to indicate exactly how much less would constitute the proper minimum standard (i.e., that the Crown was required to do more than prove guilt beyond a balance of probabilities). The majority commented on the cumulative effect of these two errors as follow, at para. 239:

By asserting that absolute certainty was not required, and then linking the standard of proof to the “ordinary everyday” meaning of the words “reasonable doubt”, the trial judge could easily have been understood by the jury as asserting a probability standard as the applicable standard of proof.

The majority concluded that, since reasonable doubt was never defined, and since nearly all of the instructions given served to actually weaken the content of the reasonable doubt standard, there was a reasonable likelihood that the jury applied the wrong standard, which in turn raised a realistic possibility that the accused’s convictions constituted a miscarriage of justice. These errors were made in the context of a trial in which the majority of this Court held that incriminating inadmissible evidence had been introduced at trial

In *Avetysan*, the jury was not told that “proof beyond a reasonable doubt” was a special legal concept with a specific meaning in the context of criminal law, and it was not told to acquit if it concluded the accused men were “probably guilty”. Moreover, the jury was not instructed that the proper standard of proof was more than a balance of probabilities but less than absolute certainty. These errors were compounded by the fact that the jury was improperly instructed in how to resolve contradictory versions of the events as required in *W. (D.)*, *supra*.

Dans *Starr*, le juge du procès avait expressément indiqué au jury que le terme « doute raisonnable » n’avait aucune « connotation particulière » ni « aucun sens magique propre au droit ». De plus, il avait dit aux jurés qu’ils pouvaient prononcer une déclaration de culpabilité en fonction d’une norme de preuve moindre que la certitude absolue, sans pour autant leur indiquer exactement jusqu’à quel point elle pouvait y être inférieure pour constituer la norme minimale appropriée (à savoir que le ministère public était tenu de faire plus qu’établir la culpabilité selon la prépondérance des probabilités). Les juges majoritaires ont commenté l’effet cumulatif de ces deux erreurs en ces termes (par. 239) :

Lorsque le juge du procès a affirmé que la certitude absolue n’était pas requise et qu’il a ensuite lié la norme de preuve au sens « ordinaire de tous les jours » de l’expression « doute raisonnable », le jury aurait pu facilement comprendre qu’il disait qu’une norme de probabilité était la norme de preuve applicable.

Le doute raisonnable n’ayant jamais été défini et presque toutes les directives données ayant servi en fait à affaiblir le contenu de la norme du doute raisonnable, la majorité a conclu qu’il existe une probabilité raisonnable que le jury ait appliqué la mauvaise norme et cette probabilité raisonnable soulève la possibilité réaliste que les déclarations de culpabilité de l’accusé constituent une erreur judiciaire. Ces erreurs ont été commises dans le cadre d’un procès où les juges majoritaires de notre Cour ont conclu que des éléments de preuve incriminants inadmissibles avaient été produits au procès.

Dans *Avetysan*, le juge n’avait pas dit au jury que la « preuve hors de tout doute raisonnable » était un concept juridique spécial ayant un sens précis en droit pénal, ni qu’il devait acquitter les accusés s’il concluait qu’ils étaient « probablement coupables ». En outre, le juge n’a pas informé le jury que la norme de preuve appropriée exigeait plus que la prépondérance des probabilités, mais moins que la certitude absolue. Ces erreurs ont été aggravées par le fait que le jury a reçu des directives erronées sur la manière de résoudre les versions contradictoires des événements conformément à l’arrêt *W. (D.)*, précité.

26

In *Russell*, where this Court concluded a pre-*Lifchus* reasonable doubt charge was in substantial compliance with *Lifchus* principles, Iacobucci J. indicated that the additional issues existing in *Starr* and *Avetysan* distinguished these cases. As he stated at para. 25:

In *Starr*, the major issue before the Court was that, in the view of the majority, the trial judge had improperly allowed inadmissible evidence. In *Avetysan*, the trial judge failed to warn the jury that even if it disbelieved the accused, it could still entertain a reasonable doubt. Here . . . I am not persuaded that there is any reason to interfere with the majority's [Alberta Court of Appeal] disposition of the appeal, particularly when it thoroughly addressed the elements of the *Lifchus* principles. The fact that the Court of Appeal unanimously dismissed all other grounds of appeal, and none of these other issues is before us, distinguishes this case from *Starr* and *Avetysan*.

Thus, while the instructions in *Starr* and *Avetysan* were clearly not in full compliance with the principles articulated in *Lifchus*, there were other issues in each case that served to aggravate, rather than alleviate, the concern that the jury may have misunderstood its task and reached a wrong verdict.

27

As in *Russell*, the Court of Appeal in the current case unanimously rejected all grounds for appeal except for the issues surrounding instructions on reasonable doubt. Thus, based on the comments of Iacobucci J. above, *Starr* and *Avetysan* can be of only limited assistance in determining the proper threshold for "substantial compliance" where an errant reasonable doubt charge is the sole issue before the court.

28

Furthermore, in both these cases, the charge to the jury as a whole, in context, served to actually weaken further the content of the reasonable doubt standard. This contrasts with *Russell* and *Beauchamp*, where, despite some shortcomings in the reasonable doubt instructions to the jury, there were other instructions and explanations within the charge that served to reinforce the proper standard of proof for the jury, thus bolstering the proposition

Dans *Russell*, où notre Cour a conclu qu'un exposé antérieur à *Lifchus* sur le doute raisonnable était conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt, le juge Iacobucci a indiqué, au par. 25, que les questions additionnelles soulevées dans *Starr* et *Avetysan* distinguaient ces affaires de *Russell* :

Dans *Starr*, la principale question pour notre Cour était que, selon la majorité, le juge du procès avait accepté à tort des éléments de preuve irrecevables. Dans *Avetysan*, le juge du procès a omis d'avertir les jurés de ce que, même s'ils ne croyaient pas l'accusé, ils pouvaient encore avoir un doute raisonnable. En l'espèce, [. . .] je ne suis pas convaincu qu'il y a une raison quelconque d'intervenir dans le jugement de la majorité de la Cour d'appel [de l'Alberta], surtout que ce jugement traite de manière approfondie les divers éléments des principes établis par *Lifchus*. Le fait que la Cour d'appel a rejeté à l'unanimité tous les autres moyens d'appel, dont aucun n'a été soumis à notre Cour, distingue la présente affaire des affaires *Starr* et *Avetysan*.

Par conséquent, s'il est vrai que les directives données dans *Starr* et *Avetysan* n'ont clairement pas été en tous points conformes aux principes articulés dans *Lifchus*, chacun de ces arrêts soulevait d'autres questions qui ont servi à accentuer, plutôt qu'à atténuer, la crainte que les jurés aient mal compris leur tâche et rendu un verdict erroné.

Comme dans *Russell*, la Cour d'appel en l'espèce a rejeté à l'unanimité tous les moyens d'appel, à l'exception des questions concernant les directives sur le doute raisonnable. Compte tenu des commentaires du juge Iacobucci cités plus haut, *Starr* et *Avetysan* ne contribuent donc que de façon limitée à déterminer le seuil approprié de la « conform[ité] pour l'essentiel » lorsqu'un exposé défectueux sur le doute raisonnable constitue la seule question dont la cour est saisie.

Par ailleurs, dans ces deux arrêts, l'exposé au jury considéré dans son ensemble et en contexte a servi en fait à affaiblir davantage le contenu de la norme du doute raisonnable. Cela contraste avec *Russell* et *Beauchamp* où, malgré l'existence de certaines failles dans les directives au jury sur le doute raisonnable, l'exposé comporte d'autres directives et explications qui ont servi à renforcer la norme de preuve appropriée dans l'esprit du

that the instructions, as a whole, were in “substantial compliance” with *Lifchus*.

In *Russell*, the trial judge provided the jury with an explanation of the words “beyond a reasonable doubt” that included a number of divergences from the *Lifchus* standard, including that the words are to be used “in their ordinary sense and not as a legal term having some special meaning”. The trial judge also failed to expressly indicate that mere probable guilt was insufficient to support a criminal conviction.

In concluding that the charge was sufficient, Iacobucci J., speaking for the Court in *Russell*, noted that the Alberta Court of Appeal had “thoroughly addressed the elements of the *Lifchus* principles”, and he was persuaded that there was no reason to interfere with their decision that the charge in question was consistent with *Lifchus* guidelines. More specifically, in relation to the trial judge’s characterization of “proof beyond a reasonable doubt” in the “ordinary” or “everyday life” sense, the Court of Appeal found that additional instructions given in other parts of the charge, more consistent with *Lifchus* principles, would suffice to give appropriate guidance to the jury.

Again in *Beauchamp*, *supra*, Iacobucci J. found no reason to interfere with the majority judgment from the Quebec Court of Appeal. While it had been recognized that some of the expressions used by the trial judge in the course of delivering a charge on reasonable doubt should have been avoided (most notably, use of the term “moral certainty” in connection with “reasonable doubt”), the Quebec Court of Appeal found that any “shortcomings in the impugned charge fell short of the instructions which had justified judicial intervention in other cases” (as summarized by Iacobucci J., at para. 10). This was mainly because, despite the use of some inadvisable language, the trial

jury, ce qui étayait donc la théorie selon laquelle les directives étaient, dans l’ensemble, « conformes pour l’essentiel » à *Lifchus*.

Dans *Russell*, le juge du procès a fourni au jury une explication de l’expression « hors de tout doute raisonnable » qui s’écartait à certains égards de la norme énoncée dans *Lifchus*; notamment pour ce qui est de l’utilisation de ce terme « dans [son] sens ordinaire, et non pas comme expression juridique ayant un sens spécial ». Il a également omis d’indiquer expressément au jury que la simple culpabilité probable ne suffit pas à étayer une déclaration de culpabilité criminelle.

Concluant que l’exposé était adéquat, le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la Cour dans *Russell*, a noté que la Cour d’appel de l’Alberta avait « trait[é] de manière approfondie les divers éléments des principes établis par *Lifchus* », et il était convaincu qu’il n’y avait aucune raison de modifier l’arrêt de la Cour d’appel selon lequel l’exposé en question était compatible avec les lignes directrices de *Lifchus*. Plus précisément, en ce qui concerne l’interprétation du juge du procès du concept « preuve hors de tout doute raisonnable » dans son sens « ordinaire » ou dans son sens dans la « vie de tous les jours », la Cour d’appel a conclu que les directives additionnelles dans d’autres parties de l’exposé, celles-là plus compatibles avec les principes de *Lifchus*, suffisaient à guider correctement le jury.

Une fois de plus, dans l’arrêt *Beauchamp*, précité, le juge Iacobucci n’a vu aucune raison de modifier l’arrêt majoritaire de la Cour d’appel du Québec. Bien qu’il ait été reconnu que le juge du procès aurait dû éviter d’employer certaines expressions dans son exposé au jury sur le doute raisonnable (plus particulièrement l’expression « certitude morale » en rapport avec « doute raisonnable »), la Cour d’appel du Québec a estimé que « l’exposé contesté ne contenait pas de failles de la nature de celles contenues dans les directives qui avaient justifié l’intervention judiciaire dans d’autres cas » (résumé par le juge Iacobucci, par. 10). La Cour d’appel en a décidé ainsi principalement parce que,

29

30

31

judge had correctly explained all of the essential elements of reasonable doubt.

32

Considering how case-specific the matter is, I see no reason for this Court to interfere when an appellate court has exercised its judgment in evaluating the substantial compliance of a pre-*Lifchus* jury charge with the principles expressed in that case. When reviewing a pre-*Lifchus* reasonable doubt charge, there is no particular mistake or omission that will automatically constitute a reversible error in and of itself, nor is there an additional instruction that will immediately cure a particular shortcoming. Ultimately, the focus must be on whether there is a reasonable likelihood that the jury misunderstood the criminal standard of proof.

33

In the present case, there are two specific portions of the charge that, in my view, reaffirmed the proper criminal standard of proof and would have assisted the jury on that issue. First and foremost, as this was a case where the accused had testified, the trial judge charged the jury in accordance with *W. (D.)*, *supra*, and specifically informed the jury on how the issue of credibility applies to reasonable doubt. The trial judge charged as follows:

If you believe the accused you must find him not guilty. If you do not know who to believe as between the accused and his wife and daughter you must also find him not guilty. If you do not believe him but his testimony nonetheless causes you to have reasonable doubt you must find him not guilty. Even if you do not believe the accused and his testimony does not cause you to have reasonable doubt then you must put his testimony to one side and consider whether on the balance of all the remaining evidence the Crown has proven the offence charged beyond a reasonable doubt.

34

The appellant has argued that the errors in this case, taken together, may create an impression in the mind of the jury that reasonable doubt is more akin to a civil than a criminal standard. The trial judge expressly indicated that the standard was less than “absolute certainty”, but never warned the jury

malgré l’emploi de certains termes déconseillés, le juge du procès avait correctement expliqué tous les éléments essentiels du doute raisonnable.

Étant donné le caractère particulier de l’affaire, je ne vois aucun motif justifiant l’intervention de notre Cour lorsqu’une cour d’appel a exercé son jugement pour évaluer la conformité pour l’essentiel d’un exposé antérieur à *Lifchus* avec les principes énoncés dans cet arrêt. Lors de l’examen d’un exposé antérieur à *Lifchus* sur le doute raisonnable, aucune erreur ou omission particulière ne constituera automatiquement, en soi, une erreur donnant ouverture à révision, pas plus qu’une directive additionnelle ne remédiera immédiatement à une faille précise. En définitive, l’analyse doit être axée sur la question de savoir s’il existe une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme de preuve criminelle.

À mon sens, dans le présent pourvoi, deux parties précises de l’exposé réaffirment la norme de preuve applicable en droit criminel et auraient guidé le jury sur cette question. Tout d’abord, parce qu’il s’agit d’une affaire dans laquelle l’accusé a témoigné, le juge du procès a donné au jury un exposé conforme à l’arrêt *W. (D.)*, précité, et a précisément indiqué au jury la manière dont la question de la crédibilité s’appliquait au doute raisonnable :

[TRADUCTION] Si vous croyez l’accusé, vous devez le déclarer non coupable. Si vous ne savez pas qui croire entre l’accusé, d’une part, et sa femme et sa fille, d’autre part, vous devez également le déclarer non coupable. Si vous ne croyez pas l’accusé mais que son témoignage soulève néanmoins chez vous un doute raisonnable, vous devez le déclarer non coupable. Même si vous ne croyez pas l’accusé et que son témoignage ne soulève chez vous aucun doute raisonnable, vous devez alors faire abstraction de son témoignage et examiner si, compte tenu des autres éléments de preuve, le ministère public a, hors de tout doute raisonnable, fait la preuve de l’infraction reprochée.

L’appelant a prétendu que les erreurs commises en l’espèce, considérées dans leur ensemble, pouvaient créer dans l’esprit du jury l’impression que le doute raisonnable ressemblait davantage à une norme de preuve civile que criminelle. Le juge du procès a expressément indiqué au jury que la norme

that probable guilt is insufficient, instead equating the concept of reasonable doubt with its plain and ordinary meaning. However, although the charge does not expressly state that more than probable guilt is required, in my view the *W. (D.)* portion of the instructions served to reaffirm the high degree of proof required for a conviction in the mind of the jury. As Cory J. notes in *W. (D.)*, at p. 758:

Where an error is made in the instruction on the burden of proof, the fact that the trial judge correctly instructed on that issue elsewhere in the charge is a strong indication that the jury were not left in doubt as to the burden resting on the Crown.

Where the majority of a charge complies with *Lifchus* principles and the trial judge has omitted to expressly indicate that more than “probable guilt” is required, it would not be reasonable to conclude that a juror, after having received additional instructions akin to those recommended in *W. (D.)*, would remain under the impression that anything less than a proper criminal burden of proof could rest on the Crown. Even where such an omission is made in conjunction with another error, such as defining reasonable doubt as having a plain and ordinary meaning, such shortcomings can be countered by other parts of the jury instructions that serve to make the proper definition of reasonable doubt more clear.

The substantial compliance of the trial judge’s charge to the jury in this case is further reinforced by accurate instructions on reasonable doubt as it pertains to circumstantial evidence, on which a portion of the Crown’s case ultimately rested. The trial judge explained to the jury that, with regard to the required criminal intent and the circumstantial evidence presented to prove it, it “must be satisfied beyond a reasonable doubt that this intent is the only reasonable inference to be drawn from what you accept as the proven facts”. Then, in reference

de preuve était moindre que la « certitude absolue », mais il ne l’a jamais prévenu que la culpabilité probable était insuffisante, interprétant plutôt le concept de doute raisonnable selon son sens ordinaire. Cependant, même si l’exposé n’indiquait pas expressément qu’une norme plus élevée que la culpabilité probable était requise, la partie des directives fondées sur l’arrêt *W. (D.)* a servi à mon avis à réaffirmer dans l’esprit du jury le haut degré de preuve requis pour l’obtention d’une déclaration de culpabilité. Comme le juge Cory l’a noté dans *W. (D.)*, p. 758 :

Quand il y a une erreur dans une directive concernant le fardeau de preuve, le fait que le juge du procès a donné des directives correctes sur cette question ailleurs dans son exposé, est une forte indication que le jury n’a pas été laissé dans le doute au sujet du fardeau de preuve qui incombe au ministère public.

Lorsque la majeure partie de l’exposé est conforme aux principes de *Lifchus* et que le juge du procès a omis d’indiquer expressément qu’une norme plus exigeante que la « culpabilité probable » était requise, il ne serait pas raisonnable de conclure que le juré qui a reçu des directives additionnelles semblables à celles recommandées dans *W. (D.)* continuerait de croire qu’il incombe au ministère public de prouver la culpabilité selon une norme en deçà de la norme de preuve applicable en droit criminel. Même lorsque cette omission se produit conjointement avec une autre erreur, comme le fait de définir le doute raisonnable selon son sens ordinaire, de telles failles peuvent être compensées par d’autres parties des directives au jury qui viennent préciser la définition appropriée du doute raisonnable.

La conformité pour l’essentiel de l’exposé du juge du procès au jury dans ce pourvoi est en outre appuyée par la justesse des directives sur le doute raisonnable relatif à la preuve circonstancielle, sur laquelle reposait finalement une partie de la preuve du ministère public. Le juge du procès a expliqué aux jurés qu’en ce qui concerne l’intention criminelle requise et la preuve circonstancielle produite pour la démontrer, ils [TRADUCTION] « doi[vent] être convaincus hors de tout doute raisonnable que cette intention est la seule inférence raisonnable

to all the circumstantial evidence presented, the trial judge explained that “you must be satisfied beyond a reasonable doubt that where it is relied upon to support a guilty verdict the guilt of the accused is the only reasonable inference to be drawn from the facts as you have found them to be”. Again, as with the *W. (D.)* charge, it would seem that any concern that the jury may have applied a probable guilt standard disappears upon consideration of these instructions with regard to circumstantial evidence.

qui puisse être tirée de ce qu[’ils ont] accepté comme étant les faits prouvés ». Puis, se référant à l’ensemble de la preuve circonstancielle produite, il a expliqué : [TRADUCTION] « vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que, lorsque le verdict de culpabilité repose sur une telle preuve, la culpabilité de l’accusé est la seule inférence raisonnable qui puisse être tirée des faits que vous avez constatés ». Une fois de plus, comme avec l’exposé dans *W. (D.)*, la crainte que le jury ait pu appliquer une norme de culpabilité probable devrait disparaître à la suite de l’examen de ces directives traitant de la preuve circonstancielle.

36

In the midst of this transitional period, where appeal courts are faced with the task of evaluating substantial compliance with *Lifchus* principles regarding jury instructions on reasonable doubt for cases already in the system, but predating the release of *Lifchus*, I can find no basis upon which to interfere with the decision of the majority of the Court of Appeal. Not only was the charge in question in partial compliance with *Lifchus* guidelines, but additional aspects of the charge dealing with credibility and circumstantial evidence served to cure shortcomings in the instruction so that there can be no reasonable concern that the jury may have proceeded to convict by applying the wrong standard of proof.

Pendant cette période de transition, où les cours d’appel sont appelées à évaluer la conformité pour l’essentiel avec les principes de *Lifchus* concernant les directives au jury sur le doute raisonnable dans le cas d’affaires déjà en cours, mais antérieures à *Lifchus*, je ne vois aucune raison de modifier l’arrêt majoritaire de la Cour d’appel. Non seulement l’exposé en question était-il conforme en partie aux lignes directrices de *Lifchus*, mais d’autres aspects de l’exposé concernant la crédibilité et la preuve circonstancielle ont servi à remédier aux failles de celui-ci, de sorte qu’il ne puisse exister de crainte raisonnable que le jury ait conclu à la culpabilité en appliquant la mauvaise norme de preuve.

VI. Disposition

VI. Dispositif

37

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

LEBEL J. (dissenting) —

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Introduction

I. Introduction

38

The state of the law on what a jury charge must include about the legal concept of reasonable doubt is still in a transitional phase, as Iacobucci J. noted in *R. v. Russell*, [2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55. A vexing, transitional phase, I would add. Here again is a case in which the jury charge was delivered before this Court’s decision in *R. v.*

Comme le juge Iacobucci l’a noté dans l’arrêt *R. c. Russell*, [2000] 2 R.C.S. 731, 2000 CSC 55, l’état du droit quant à la teneur de l’exposé au jury sur le concept juridique du doute raisonnable se trouve encore en phase de transition. Une phase de transition difficile, je me dois d’ajouter. Encore une fois, il s’agit d’une affaire où l’exposé au jury précède

Lifchus, [1997] 3 S.C.R. 320, yet is being reviewed on appeal with the benefit of that and subsequent decisions. The by-product of this transitional phase is the difficult task of ensuring that these particular jury charges are in substantial compliance with the principles of *Lifchus*, while at the same time not giving that important case an unreasonable effect.

Of course, the problem is necessarily time-limited: pre-*Lifchus* charges will eventually work their way through the system. At that time, it will be less difficult to determine whether a trial judge, with the full benefit of *Lifchus*, substantially complied with its guidance, and imparted clear instruction to the jury on the crucial issue of reasonable doubt, to ensure trial fairness. In the meantime, however, as Iacobucci J. also noted in *Russell*, at para. 24, “courts in our country have been and will continue to be vigilant to ensure that unfair trials and miscarriages of justice do not go unremedied”.

This case is a new opportunity to clarify when a jury charge — pre-or post-*Lifchus* — falls below the minimum standard for fairness. In this case, the jury charge was inadequate.

II. Facts

The appellant’s wife and daughter are his alleged victims, of attempted murder, and assault causing bodily harm, respectively. The facts of what happened are largely uncontested: it is the explanation of how and why they happened that is at the heart of this case. The evidence was circumstantial. The issue essentially boiled down to a credibility battle between the appellant’s and the complainants’ version of events. The main point is that this was not a complicated case. There were no complex legal issues. The trial lasted four days, and after four hours of deliberations, without any questions, the jury returned a guilty verdict on both charges.

l’arrêt de notre Cour *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320. Cependant, l’examen de ce pourvoi bénéficie de l’éclairage de cet arrêt et des décisions subséquentes. Cette phase de transition a en conséquence rendu difficile la tâche de s’assurer que ces exposés particuliers au jury sont conformes, pour l’essentiel, aux principes établis dans *Lifchus*, tout en évitant de donner à cet arrêt important une portée déraisonnable.

Il va de soi que le problème est nécessairement temporaire : les exposés antérieurs à *Lifchus* finiront par se frayer un chemin dans le système. À ce moment-là, il deviendra moins difficile d’évaluer si, pour veiller à l’équité du procès, un juge, en pleine connaissance de l’arrêt *Lifchus*, s’est conformé pour l’essentiel aux lignes directrices qu’énonce ce jugement et a fourni des directives claires au jury sur la question cruciale du doute raisonnable. Entre-temps, toutefois, comme le juge Iacobucci l’a également noté, au par. 24 de l’arrêt *Russell*, « les tribunaux de notre pays ont veillé et continueront de veiller à remédier aux procès inéquitables et aux erreurs judiciaires ».

Le présent pourvoi permet de préciser une fois de plus quand l’exposé au jury — antérieur ou postérieur à *Lifchus* — ne satisfait pas à la norme minimale d’équité. En l’espèce, l’exposé au jury était inadéquat.

II. Faits

On reproche à l’appelant d’avoir tenté de tuer sa femme et d’avoir commis des voies de fait causant des lésions corporelles à sa fille. Les faits ne sont pour la plupart pas contestés, mais l’explication des motifs pour lesquels ils se sont produits et de la manière dont ils se sont déroulés se trouve au cœur du pourvoi. La preuve était circonstancielle. Le litige se résume essentiellement à un affrontement entre l’appelant et les plaignantes, pour présenter une version crédible des faits. L’essentiel est qu’il ne s’agit pas d’une affaire compliquée. Aucune question de droit complexe n’a été soulevée. Le procès a duré quatre jours et, après quatre heures de délibération, le jury a rendu un verdict de culpabilité relativement aux deux accusations, sans poser de questions.

39

40

41

III. Analysis

42

Unlike with some oft-repeated principles, it is not trite to say that in our justice system an accused person cannot be found guilty of a crime unless the charges have been proven beyond a reasonable doubt. This high burden of proof borne by the prosecution is inextricably intertwined with the equally fundamental issue of the presumption of innocence (*Lifchus, supra*, at para. 27). Proof beyond a reasonable doubt is such a crucial element of our criminal law that it bears repeating. Especially so because the concept of “reasonable doubt”, deceptively, appears simple. It is not. As Iacobucci J. eloquently put it in *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, at para. 241:

... there is no universally intelligible illustration of the concept, such as the scales of justice with respect to the balance of probabilities standard. Unlike absolute certainty or the balance of probabilities, reasonable doubt is not an easily quantifiable standard. It cannot be measured or described by analogy. It must be explained. However, precisely because it is not quantifiable, it is difficult to explain.

43

Based on these observations, this Court concluded in *Lifchus* that the concept of reasonable doubt must be explained to the jury, and guidelines were offered about how to do this, including approaches that would be helpful, and that should be avoided. Since then, there has been substantial agreement that these *Lifchus* guidelines are not to be used as a checklist (*Russell, supra*, at para. 21; *R. v. Avetysan*, [2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56, at para. 11); that there are no ritual incantations which will save or scuttle a jury charge (*Russell*, at para. 2); and that the jury charge must be viewed globally (*Russell*, at para. 2) to determine whether it substantially complies with the *Lifchus* principles (*Starr*, at para. 237; *Avetysan*, at para. 12). These propositions remain valid.

44

In addition, the progeny of *Lifchus*, including *Starr*, *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306, *Avetysan*,

III. Analyse

Contrairement au cas de certains principes maintes fois répétés, il n'est pas superflu de rappeler que, dans notre système juridique, l'accusé ne peut être déclaré coupable d'un crime à moins que les accusations portées contre lui n'aient été prouvées hors de tout doute raisonnable. Ce lourd fardeau de preuve, imposé à la poursuite, reste inextricablement lié à la question tout aussi fondamentale de la présomption d'innocence (*Lifchus*, précité, par. 27). La preuve hors de tout doute raisonnable constitue un élément si crucial de notre droit criminel qu'elle mérite d'être réitérée, d'autant plus que le concept de « doute raisonnable » apparaît trompeusement simple. Ce n'est pas le cas. Comme le juge Iacobucci l'a exprimé de façon éloquente dans l'arrêt *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, par. 241 :

... il n'y a aucun exemple de cette notion qui soit intelligible à tous, comme la balance de la justice relativement à la norme de la prépondérance des probabilités. Contrairement à la certitude absolue ou à la prépondérance des probabilités, le doute raisonnable n'est pas une norme facile à quantifier. Il ne peut être ni mesuré ni décrit par analogie. Il doit être expliqué. Toutefois, il est difficile à expliquer justement parce qu'il n'est pas quantifiable.

Se fondant sur ces observations, notre Cour a conclu dans *Lifchus* qu'il faut expliquer au jury le concept de doute raisonnable et a fourni des lignes directrices à cet égard, y compris des méthodes qui seraient utiles et d'autres qu'il convient d'éviter. Depuis, on s'entend dans l'ensemble pour reconnaître que les lignes directrices de *Lifchus* ne doivent pas être utilisées comme un ensemble de recettes (*Russell*, précité, par. 21; *R. c. Avetysan*, [2000] 2 R.C.S. 745, 2000 CSC 56, par. 11), qu'il n'existe pas de formules rituelles capables de justifier ou de condamner l'exposé au jury (*Russell*, par. 2) et qu'il faut évaluer l'exposé au jury de façon globale (*Russell*, par. 2) pour décider s'il est conforme, pour l'essentiel, aux principes établis dans *Lifchus* (*Starr*, par. 237; *Avetysan*, par. 12). Ces affirmations demeurent valides.

En outre, les arrêts qui ont découlé de *Lifchus*, notamment *Starr*, *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306,

R. v. Beauchamp, [2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54, and *Russell*, have pointed to another principle in the reasonable doubt jurisprudence: that the explanation that criminal guilt is more than probable guilt is a basic element, and an essential, minimum standard among those listed in *Lifchus*.

Lifchus itself pointed to this. Instruction that reasonable doubt is a higher standard than probability was the one factor of benefit to the accused which Cory J. highlighted directly, at para. 14, in connection with trial fairness:

No matter how exemplary the directions to the jury may be in every other respect if they are wanting in this aspect [the definition of reasonable doubt] the trial must be lacking in fairness. It is true the term has come echoing down the centuries in words of deceptive simplicity. Yet jurors must appreciate their meaning and significance. They must be aware that the standard of proof is higher than the standard applied in civil actions of proof based upon a balance of probabilities yet less than proof to an absolute certainty. [Emphasis added.]

The same point was echoed in *Avetysan*, which explained, at para. 14:

The charge in this case was defective. The jury was not clearly told that the standard of proof was more than a balance of probabilities but less than absolute certainty. Likewise, the jury was not told that it was required to acquit if it concluded only that the accused men were “probably guilty”, a standard that Cory J. in *Lifchus* found could affect the fairness of trial. [First emphasis in original; second emphasis added.]

And again in *Starr*, Iacobucci J. said, at para. 241:

As was emphasized repeatedly in *Lifchus* and again in *Bisson*, a jury must be instructed that the standard of proof in a criminal trial is higher than the probability standard used in making everyday decisions and in civil trials. Indeed, it is this very requirement to go beyond probability that meshes the standard of proof in criminal cases with the presump-

Avetysan, *R. c. Beauchamp*, [2000] 2 R.C.S. 720, 2000 CSC 54, et *Russell*, ont fait apparaître un autre principe dans la jurisprudence relative au doute raisonnable. Selon ce principe, l’explication que la culpabilité criminelle exige davantage que la culpabilité probable a un caractère fondamental et constitue une norme minimale essentielle parmi celles énumérées dans *Lifchus*.

L’arrêt *Lifchus* signalait lui-même ce principe. La directive selon laquelle le doute raisonnable est une norme plus exigeante que la probabilité est le facteur bénéficiant à l’accusé que le juge Cory a rattaché directement à l’équité du procès (au par. 14) :

Peu importe que les directives aient été données de façon exemplaire à tous autres égards, si elles sont défectueuses sur ce point [la définition du doute raisonnable], le procès ne peut que manquer d’équité. Il est vrai que l’expression s’est transmise au cours des siècles dans des mots d’une simplicité trompeuse. Il n’en demeure pas moins que les jurés doivent en comprendre le sens et l’importance. Ils doivent savoir que même si la norme de preuve est plus exigeante que celle appliquée dans les litiges civils, qui est fondée sur la prépondérance des probabilités, elle n’exige toutefois pas une preuve correspondant à la certitude absolue. [Je souligne.]

Ces propos ont trouvé écho dans *Avetysan*, précité, par. 14 :

L’exposé en l’espèce était défectueux. On n’a pas dit clairement au jury que la norme de preuve exigeait plus que la prépondérance des probabilités mais moins que la certitude absolue. De la même façon, on n’a pas dit au jury qu’il devait acquitter les accusés s’il concluait seulement que les accusés étaient « probablement coupables », une norme qui, selon le juge Cory dans l’arrêt Lifchus, pouvait compromettre l’équité du procès. [Premier soulignement dans l’original; deuxième soulignement ajouté.]

Et de nouveau, dans *Starr*, le juge Iacobucci a déclaré, au par. 241 :

Comme on l’a souligné à maintes reprises dans *Lifchus*, puis de nouveau dans *Bisson*, il faut dire au jury que la norme de preuve applicable dans un procès criminel est plus élevée que la norme de la prépondérance des probabilités qui est utilisée dans les décisions de tous les jours et dans les procès civils. En fait, c’est précisément cette exigence d’aller au-delà de la probabilité qui fait

45

46

tion of innocence and the Crown's onus. [Emphasis in original.]

47 In *Bisson*, the fatal error was describing "reasonable doubt" as a commonly understood phrase, compounded by the use of analogy to the ordinary determination of whether one's car has sufficient oil to run. Significantly, one of the two rationales for finding this a reversible error was the concern that everyday decisions are often undertaken based on the unacceptably low standard based on a balance of probabilities (at para. 6):

No matter how carefully they may be crafted, examples of what may constitute proof beyond a reasonable doubt can give rise to difficulties. First, they may tend to indicate to a juror that the decision as to whether guilt has been proven beyond a reasonable doubt can be made on the same basis as would any decision made in the course of their daily routines. The same danger exists even if these are important decisions. So often those "everyday" decisions in life are reached by utilizing a standard of probability.

48 Therefore, when this Court held in *Starr* that the jury charge in that case was inadequate, it was because the errors served to compound the single weakness that the jury was not warned against deciding the case based on "probable guilt". In *Starr*, the trial judge had instructed the jury that the concept of reasonable doubt (1) has no "special connotation"; and (2) should not be equated with absolute certainty; but (3) the jury was not cautioned against deciding on the basis of probable guilt. Thus the jury was essentially directed to use an ordinary standard — probability — and then was not explicitly advised that probable guilt was an inappropriately low standard on which to base criminal guilt. As Iacobucci J. put it, at para. 239:

The key difficulty with this instruction is that it was not made clear to the jury that the Crown was required to do more than prove the appellant's guilt on a balance of probabilities. The trial judge told the jury that they

concorde la norme de preuve en matière criminelle avec la présomption d'innocence et l'obligation du ministère public. [Souligné dans l'original.]

Dans *Bisson*, l'erreur fatale consistait à définir « doute raisonnable » comme étant une expression courante, erreur accentuée par l'emploi d'une analogie avec le simple fait de vérifier si le niveau d'huile d'une voiture est suffisant pour assurer son fonctionnement. Fait révélateur, l'une des deux raisons pour conclure qu'il s'agissait d'une erreur ouvrant droit à révision consistait dans la crainte que les décisions de la vie de tous les jours soient souvent prises selon une norme trop basse, reposant sur la prépondérance des probabilités (au par. 6) :

Aussi bien conçus soient-ils, les exemples destinés à illustrer ce qui constitue une preuve hors de tout doute raisonnable peuvent donner lieu à des difficultés. Premièrement, ils peuvent tendre à faire croire à un juré que la décision quant à l'existence d'une preuve de culpabilité hors de tout doute raisonnable peut être prise sur le même fondement que toute autre décision de la vie quotidienne. Le danger est tout aussi grand s'il s'agit de décisions importantes. Souvent, ces décisions de la vie de « tous les jours » sont prises en fonction d'une norme de probabilité.

Par conséquent, notre Cour a jugé que l'exposé au jury dans *Starr* était inadéquat, car les erreurs ont eu pour effet d'aggraver la seule lacune en cause, à savoir que le jury n'a pas été mis en garde contre le recours à la « culpabilité probable » pour trancher l'affaire. Dans *Starr*, le juge du procès avait informé le jury que le concept de doute raisonnable (1) n'avait aucune « connotation particulière » et (2) qu'il ne devait pas être assimilé à la certitude absolue; toutefois, (3) il ne lui a pas donné comme directive de ne pas se fonder sur la culpabilité probable pour trancher l'affaire. Le jury a donc essentiellement reçu la directive de recourir à une norme ordinaire — la probabilité — le juge ne l'ayant pas explicitement informé que la culpabilité probable était une norme trop basse pour y fonder la culpabilité criminelle. Comme l'expose le juge Iacobucci, au par. 239 :

Le problème fondamental que pose cette directive est qu'on n'a pas indiqué clairement au jury que le ministère public était tenu de faire plus qu'établir la culpabilité de l'appelant selon la prépondérance des probabilités. Le

could convict on the basis of something less than absolute certainty of guilt, but did not explain, in essence, how much less. In addition, rather than telling the jury that the words “reasonable doubt” have a specific meaning in the legal context, the trial judge expressly instructed the jury that the words have no “special connotation” and “no magic meaning that is peculiar to the law”. By asserting that absolute certainty was not required, and then linking the standard of proof to the “ordinary everyday” meaning of the words “reasonable doubt”, the trial judge could easily have been understood by the jury as asserting a probability standard as the applicable standard of proof.

In fact, *Starr* suggests at para. 242 that the corollary to the point that a jury must understand that reasonable doubt is more than probable guilt is that the remaining *Lifchus* factors are secondary to this basic and necessary factor:

As stated in *Lifchus*, a trial judge is required to explain that something less than absolute certainty is required, and that something more than probable guilt is required, in order for the jury to convict. Both of these alternative standards are fairly and easily comprehensible. It will be of great assistance for a jury if the trial judge situates the reasonable doubt standard appropriately between these two standards. The additional instructions to the jury set out in *Lifchus* as to the meaning and appropriate manner of determining the existence of a reasonable doubt serve to define the space between absolute certainty and proof beyond a reasonable doubt. [Emphasis added.]

The result in *Beauchamp* was consistent with this approach, where only a so-called “secondary” factor was at issue. The judge’s only flaw in that jury charge was to describe “beyond a reasonable doubt” as a “moral certainty”. Otherwise, the charge did adequately explain that reasonable doubt exists between the upper and lower limits of absolute certainty and probability. The reference to morality was only one way in which the trial judge defined the space between these limits — a factor, although not ideal, that was nevertheless not fatal to the fairness of the trial.

juge du procès a dit au jury qu’il pourrait prononcer une déclaration de culpabilité en fonction d’une norme de preuve moindre que la certitude absolue de culpabilité, sans pour autant expliquer essentiellement jusqu’à quel point elle pourrait être inférieure à cette dernière norme. En outre, au lieu de dire au jury que les mots « doute raisonnable » ont un sens particulier dans le contexte juridique, le juge du procès lui a expressément dit que ces mots n’avaient aucune [TRADUCTION] « connotation particulière » ni « aucun sens magique propre au droit ». Lorsque le juge du procès a affirmé que la certitude absolue n’était pas requise et qu’il a ensuite lié la norme de preuve au sens « ordinaire de tous les jours » de l’expression « doute raisonnable », le jury aurait pu facilement comprendre qu’il disait qu’une norme de probabilité était la norme de preuve applicable.

En fait, l’arrêt *Starr* laisse entendre, au par. 242, que le facteur fondamental et essentiel selon lequel le jury doit comprendre que la norme du doute raisonnable est plus exigeante que celle de la culpabilité probable a pour corollaire que les autres facteurs dégagés par *Lifchus* auront une importance plus accessoire :

Comme l’arrêt *Lifchus* l’a précisé, le juge du procès est tenu d’expliquer qu’il faut moins que la certitude absolue et plus que la culpabilité probable pour que le jury prononce une déclaration de culpabilité. Ces deux normes subsidiaires se comprennent assez facilement. Il sera très utile au jury que le juge du procès situe la norme du doute raisonnable de la bonne façon entre ces deux normes. Les directives supplémentaires au jury qui ont été énoncées dans *Lifchus*, quant au sens du doute raisonnable et à la façon d’en déterminer l’existence, servent à définir ce qui sépare la certitude absolue de la preuve hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

Le résultat dans *Beauchamp*, où un seul facteur soi-disant « secondaire » était en cause, était compatible avec cette approche. Dans cet arrêt, la seule erreur que le juge ait commise dans son exposé au jury a été de décrire la preuve « hors de tout doute raisonnable » comme étant une preuve correspondant à la « certitude morale ». Sinon, il a expliqué comme il se doit que le doute raisonnable se situait entre les limites supérieure et inférieure que constituent la certitude absolue et la probabilité. La référence à la moralité n’était qu’un moyen pour le juge de définir l’espace entre ces limites — un facteur qui, sans être idéal, n’avait toutefois pas compromis l’équité du procès.

50 Finally, viewing probable guilt as a basic and essential *Lifchus* feature is also consistent with the general approach taken by this Court that, “the absence of one of the required ingredients of *Lifchus*, or the inclusion of one of the inappropriate elements, ‘will not usually be determinative of the validity of the charge as a whole’” (*Russell*, at para. 21, quoting from *Avetytan*, at para. 11 (emphasis added)). The issue of the word “usually” left open, indeed appears to have anticipated, that there may be occasions in which an omission or exclusion contrary to *Lifchus* could be determinative of the adequacy of the jury charge.

51 In summary then, I would clarify the present jurisprudence by stating that an essential feature of the necessary explanation of reasonable doubt is some instruction to the jury that the standard of proof beyond a reasonable doubt is distinct from, and a higher standard than, proof on a balance of probabilities. This is not to say that any particular words must be used, only that this essential concept must be conveyed in some way as part of the required explanation of reasonable doubt. I give this concept primacy among all the *Lifchus* factors, based on a consistent thread which has emerged in this Court’s reasoning in the wake of *Lifchus*.

52 Nevertheless, it should be stressed that no special incantation of the words “balance of probabilities” or “probable guilt” is required. It is sufficient, yet necessary, to ensure that on the whole the jury is aware that such a standard cannot be used to determine criminal guilt. In *Russell*, the exclusion of a reference to the probability standard was not fatal. This was because on reading the jury charge as a whole, there was still no reasonable likelihood that the jury would have misapprehended that its duty was to apply a higher standard of proof.

53 In *Russell*, the jury was instructed that reasonable doubt and the presumption of innocence are intertwined. It was told that reasonable doubt is not

Enfin, le point de vue selon lequel la culpabilité probable constitue un élément fondamental et essentiel de *Lifchus* s’accorde également avec l’approche générale adoptée par notre Cour, à savoir que « l’absence d’un des éléments requis de *Lifchus* ou l’inclusion d’un des éléments inappropriés “n’est pas généralement déterminant quant à la validité de l’ensemble de l’exposé” » (*Russell*, par. 21, citant l’arrêt *Avetytan*, par. 11 (je souligne)). Le terme « généralement » n’écarte pas — en fait, anticipe — la possibilité qu’il y ait des situations où une omission ou une exclusion contraire à *Lifchus* peut être déterminante quant au caractère adéquat de l’exposé au jury.

En résumé donc, j’apporterai une précision à la jurisprudence actuelle en affirmant que l’explication nécessaire du doute raisonnable doit comporter, comme élément essentiel, la directive que la norme de preuve hors de tout doute raisonnable est distincte de la preuve selon la prépondérance des probabilités et qu’elle est plus exigeante. Cela signifie non pas qu’il faille employer des termes particuliers, mais uniquement que ce concept essentiel doit être communiqué d’une façon ou d’une autre dans le cadre de l’explication requise du doute raisonnable. J’accorde priorité à ce concept parmi l’ensemble des facteurs énoncés dans *Lifchus*, parce qu’un fil conducteur émerge du raisonnement adopté par notre Cour à la suite de l’arrêt *Lifchus*.

Il convient néanmoins de souligner qu’il n’est pas nécessaire de répéter mot pour mot comme des formules magiques « prépondérance des probabilités » et « culpabilité probable ». Il est suffisant, quoique nécessaire, de s’assurer que le jury soit conscient dans l’ensemble qu’une telle norme ne peut servir à décider de la culpabilité criminelle. Dans *Russell*, l’exclusion d’une référence à la norme de probabilité ne s’est pas révélée fatale. En effet, compte tenu de l’ensemble de l’exposé au jury, il n’y avait toujours aucune probabilité raisonnable que le jury ait mal compris qu’il lui incombait d’appliquer une norme de preuve plus exigeante.

Dans *Russell*, le jury avait reçu la directive que le doute raisonnable était inextricablement lié à la présomption d’innocence. Le juge l’avait informé que

frivolous, but rather based on reason and the evidence which allows a juror to conclude “I am sure.” Furthermore, in response to a jury question about the Crown’s burden of proving intent to kill, the judge additionally instructed the jury, “if you have any doubt on that issue, you have to give the benefit of the doubt to the accused”. In essence, although no absolute certainty ceiling, nor probable guilt floor was mentioned to explain reasonable doubt in this jury charge, the instruction to be “sure”, with the other *Lifchus* factors and with the additional direction to give any benefit of the doubt to the accused would have effectively shown to the jury that probable guilt was not enough to convict.

It is important to add that in a case such as *Russell*, where the upper and lower limits of reasonable doubt are not mentioned, but the jury is told it has to be sure, this does not mean that the instruction “to be sure” will be a satisfactory replacement for a proper explanation about probability in all cases. In *Russell*, it must be remembered that the jury got additional guidance in response to its question, and that the jury charge under scrutiny was one delivered pre-*Lifchus*.

In *Russell*, however, when taken as a whole, the jury charge substantially complied with *Lifchus* by effectively ensuring that the “floor” was in place, so that the jury could not have convicted merely on a balance of probabilities. If this minimum standard had not been met, this would have been enough, with nothing more, to find the jury charge inadequate. As it happened, in other cases where the jury charge on reasonable doubt was inadequate, there were additional trial errors which sealed this fate, and a new trial was ordered. It is in this context that para. 25 of *Russell* must be read:

In *Starr*, as in *Avetyan*, the cumulative effect of errors that were made on issues that went to the jury led us to the conclusion that a new trial was warranted. In *Starr*,

le doute raisonnable n’était pas frivole, mais qu’il était plutôt fondé sur la raison et sur la preuve qui permet au juré de conclure : « Je suis sûr. » En outre, en réponse à une question du jury quant au fardeau du ministère public de prouver l’intention de tuer, le juge avait ajouté : [TRADUCTION] « si vous avez un doute sur cette question, vous devez en faire bénéficier l’accusé ». Essentiellement, quoique, dans l’exposé au jury, il n’ait été fait mention d’aucun plafond de certitude absolue ni d’aucun plancher de culpabilité probable pour expliquer la notion de doute raisonnable, la directive portant que le jury devait être « sûr » ainsi que les autres facteurs de *Lifchus* et la directive additionnelle selon laquelle l’accusé devait avoir le bénéfice du doute auraient effectivement indiqué au jury que la culpabilité probable ne justifiait pas une déclaration de culpabilité.

Il importe d’ajouter que, dans un cas comme *Russell*, où les limites supérieure et inférieure du doute raisonnable ne sont pas mentionnées, mais où on donne au jury la directive qu’il doit être sûr, cette dernière ne se substituera pas de façon satisfaisante à une explication en bonne et due forme sur la probabilité dans tous les cas. On se rappellera que, dans *Russell*, le jury avait reçu des directives additionnelles en réponse à sa question et que l’exposé au jury en cause était antérieur à *Lifchus*.

Cependant, pris dans son ensemble, l’exposé au jury dans *Russell* demeurait conforme pour l’essentiel à l’arrêt *Lifchus*, car il avait pour effet de s’assurer que le « plancher » avait été établi, de sorte que le jury ne puisse pas rendre un verdict de culpabilité simplement selon la prépondérance des probabilités. Si cette norme minimale n’avait pas été observée, on aurait pu conclure au caractère inadéquat de l’exposé au jury sur ce seul fondement, sans plus. En fait, dans d’autres cas où l’exposé au jury sur le doute raisonnable était inadéquat, la présence d’erreurs additionnelles commises au procès avaient scellé le sort de l’affaire et un nouveau procès avait été ordonné. C’est dans ce contexte qu’il faut interpréter le par. 25 de l’arrêt *Russell* :

Dans *Starr*, comme dans *Avetyan*, l’effet cumulatif d’erreurs commises sur des questions soumises aux jurés nous a amenés à conclure qu’un nouveau procès

54

55

the major issue before the Court was that, in the view of the majority, the trial judge had improperly allowed inadmissible evidence. In *Avetysan*, the trial judge failed to warn the jury that even if it disbelieved the accused, it could still entertain a reasonable doubt. Here, . . . I am not persuaded that there is any reason to interfere with the majority's disposition of the appeal, particularly when it thoroughly addressed the elements of the *Lifchus* principles. The fact that the Court of Appeal unanimously dismissed all other grounds of appeal, and none of these other issues is before us, distinguishes this case from *Starr* and *Avetysan*. Consequently, I cannot say that the accused's trial was unfair in the sense that the integrity of the verdict was compromised.

The principal message to be taken from *Russell* and the other cases which have applied *Lifchus* is that, where a jury charge does not substantially comply with *Lifchus*, it will be inadequate — nothing more is needed. *Russell* met the *Lifchus* standard. But, that is not the case in the present appeal.

IV. Application to this Case

56

The first significant problem with this jury charge is that the judge instructed that: "The term 'reasonable doubt' is to be given its natural meaning. It is not a legal term having some special connotation." This explanation is clearly problematic, as it was in *Lifchus*, *Bisson* and *Russell*. It signalled to the jury that "reasonable doubt" has no special meaning, and would have invited each juror to rely on his or her own personal view or experience about what reasonable doubt may mean. As the case law has explained, this is likely an invitation for jurors to apply a probability standard, as they would in the majority of their life decisions.

57

The next significant problem in this charge followed closely. The trial judge made no mention of the inappropriate low standard of probability — a problem discussed in *Starr*, *Avetysan* and *Russell*. But unlike *Russell*, this silence was compounded when the trial judge went to elaborate on the upper limit of what reasonable

s'imposait. Dans *Starr*, la principale question pour notre Cour était que, selon la majorité, le juge du procès avait accepté à tort des éléments de preuve irrecevables. Dans *Avetysan*, le juge du procès a omis d'avertir les jurés de ce que, même s'ils ne croyaient pas l'accusé, ils pouvaient encore avoir un doute raisonnable. En l'espèce, [. . .] je ne suis pas convaincu qu'il y a une raison quelconque d'intervenir dans le jugement de la majorité de la Cour d'appel, surtout que ce jugement traite de manière approfondie les divers éléments des principes établis par *Lifchus*. Le fait que la Cour d'appel a rejeté à l'unanimité tous les autres moyens d'appel, dont aucun n'a été soumis à notre Cour, distingue la présente affaire des affaires *Starr* et *Avetysan*. Par conséquent, je ne peux pas dire que le procès de l'accusé était inéquitable au sens que l'intégrité du verdict a été compromise.

Il ressort principalement de *Russell* et des autres arrêts où *Lifchus* a été appliqué que, lorsque l'exposé au jury n'est pas conforme pour l'essentiel à *Lifchus*, il sera considéré comme inadéquat — sans plus. L'arrêt *Russell* satisfaisait à la norme énoncée dans *Lifchus*. Ce n'est cependant pas le cas du présent pourvoi.

IV. Application à la présente affaire

Un premier problème important qui touche l'exposé au jury en l'espèce concerne la directive suivante du juge : [TRADUCTION] « On doit donner au terme "doute raisonnable" le sens qui s'en dégage naturellement. Il ne s'agit pas d'un terme juridique ayant une connotation particulière. » Cette explication pose clairement problème, comme ce fut le cas dans *Lifchus*, *Bisson* et *Russell*. Elle indiquait au jury que « doute raisonnable » ne comportait aucun sens particulier et aurait invité chaque juré à se fier à ses croyances ou à son expérience personnelles pour juger de sa signification. Comme l'a expliqué la jurisprudence, il s'agit là vraisemblablement d'une invitation aux jurés à appliquer une norme de probabilité, comme ils le feraient pour la majorité des décisions de leur vie.

L'autre problème de taille que présente cet exposé est étroitement lié à cette première difficulté. Le juge du procès n'a pas fait mention de la norme de probabilité trop basse pour convenir — problème qui est analysé dans *Starr*, *Avetysan* et *Russell*. Toutefois, contrairement à *Russell*, le problème s'est aggravé lorsque le juge du procès a précisé la limite

doubt means, without mentioning its corresponding lower limit:

You must not base your doubt on the proposition that nothing is certain, therefore, you have doubt or on the proposition that anything is possible, therefore, you have a doubt. You are not entitled to set up a standard of absolute certainty and say that the evidence does not measure up to that standard. In many things in life it is not possible to prove absolute certainty.

This instruction effectively warned the jury away from a standard of proof that is too high, but did not give a corresponding warning that the low standard of probability is too low.

The trial judge did try to fill in the meaning of reasonable doubt with the following explanation:

A reasonable doubt is an honest and fair doubt based upon reason and common sense, it is a real doubt, not an imaginary or frivolous doubt, it is a doubt based on reason, therefore, if you were to ask yourself why you doubt you could assign a logical reason for your doubt. A logical reason in this context means a reason connected to the evidence itself

But, as the jurisprudence indicates, these “secondary” factors are only helpful in explaining reasonable doubt, but not sufficient, without some assurance that the jury will apply a standard higher than probability. In *Russell*, that was accomplished. In this case, the ceiling was set, but the floor was missing.

It was argued that notwithstanding any weakness in the jury charge in this case, the jury must have known to apply a standard higher than probability. This was submitted on the strength of the direction to the jury that when considering all of the circumstantial evidence, “you must be satisfied beyond a reasonable doubt that where it is relied upon to support a guilty verdict the guilt of the accused is the only reasonable inference to be drawn from the facts as you have found them to be” (emphasis added). There is a danger, however, that the jury may have thought that a decision based on probable guilt was still logical, not frivolous, based on the

supérieure du « doute raisonnable » sans mentionner la limite inférieure correspondante :

[TRADUCTION] Vous ne devez pas fonder votre doute sur le principe que rien n’est certain et, donc, vous avez un doute ou encore que tout est possible et, donc, vous avez encore un doute. Vous n’êtes pas en droit d’établir une norme de certitude absolue et d’affirmer que la preuve ne satisfait pas à cette norme. Dans la vie, il n’est souvent pas possible de prouver la certitude absolue.

Cette directive a effectivement mis en garde le jury contre l’application d’une norme de preuve trop exigeante, mais elle n’a pas fait la mise en garde correspondante, à savoir que la norme de probabilité était trop peu exigeante.

Le juge du procès a effectivement tenté de définir le doute raisonnable de la façon suivante :

[TRADUCTION] Un doute raisonnable est un doute honnête et équitable fondé sur la raison et le bon sens, un doute réel et non un doute imaginaire ou frivole, un doute fondé sur la raison. Donc, si vous deviez vous demander pourquoi vous doutez, vous seriez en mesure de donner une explication logique à votre doute. Dans ce contexte, une explication logique signifie une explication liée à la preuve elle-même . . .

Cependant, comme le démontre la jurisprudence, ces facteurs « secondaires » ne s’avèrent utiles que pour expliquer le doute raisonnable, mais, en l’absence de quelque garantie que le jury appliquera une norme plus exigeante que la probabilité, ils ne sont pas suffisants. Dans *Russell*, cette garantie existe. Dans le présent pourvoi, le plafond a été établi, mais non le plancher.

On a soutenu que, malgré les lacunes dans l’exposé au jury en l’espèce, le jury a dû savoir qu’il devait appliquer une norme plus exigeante que la probabilité. Cet argument se fonde sur la directive fournie aux jurés selon laquelle, compte tenu de l’ensemble de la preuve circonstancielle, [TRADUCTION] « [ils doivent] être convaincus hors de tout doute raisonnable que, lorsque le verdict de culpabilité repose sur une telle preuve, la culpabilité de l’accusé est la seule inférence raisonnable qui puisse être tirée des faits qu’ils ont] constatés » (je souligne). Il existe cependant le danger que le jury puisse avoir cru qu’une décision fondée sur la

58

59

evidence — in other words, that it was a reasonable inference. I am not persuaded that by telling the jury its decision must be the “only” reasonable inference drawn from the evidence, that this would be significant enough to steer it away from a finding of probable guilt. In my view, a juror can easily understand the instruction that “you must be sure”; in contrast, the direction that “you must be satisfied beyond a reasonable doubt that guilt is the only reasonable inference” is significantly less clear. In the end, this instruction appears to confuse rather than clarify the meaning of reasonable doubt, and certainly does not make it clear that a conviction cannot be based on probable guilt. The likelihood of the jury’s misapprehension of the reasonable doubt in this case was too high to allow the accused’s guilt or innocence to ride on it.

culpabilité probable était néanmoins logique, qu’elle n’était pas frivole et qu’elle reposait sur la preuve — autrement dit, qu’il s’agissait d’une inférence raisonnable. Je ne suis pas convaincu que le fait de dire au jury que sa décision doit être la « seule » inférence raisonnable qui puisse être tirée de la preuve soit suffisant pour qu’il se garde de conclure à la culpabilité probable. À mon sens, un juré peut facilement comprendre la directive « vous devez être sûr »; par contre, la directive « vous devez être convaincu hors de tout doute raisonnable que la culpabilité est la seule inférence raisonnable » est considérablement moins claire. En définitive, cette dernière directive paraît brouiller plutôt que préciser le sens de la notion de doute raisonnable et, assurément, elle n’indique pas clairement qu’une déclaration de culpabilité ne peut se fonder sur la culpabilité probable. La probabilité que le jury ait mal saisi la notion de doute raisonnable en l’occurrence reste trop grande pour que la culpabilité ou l’innocence de l’accusé puisse en dépendre.

60

It was also submitted that the judge’s instruction on how to deal with the contradictory evidence in this case was sufficient to ensure that the jury applied the correct standard to determine guilt. The jury charge directed:

On a également prétendu que la directive du juge quant à la manière de composer avec la preuve contradictoire produite en l’espèce était suffisante pour garantir que le jury applique la norme appropriée pour décider la question de la culpabilité. Dans son exposé au jury, le juge a donné les directives suivantes :

If you believe the accused you must find him not guilty. If you do not know who to believe as between the accused and his wife and daughter you must also find him not guilty. If you do not believe him but his testimony nonetheless causes you to have reasonable doubt you must find him not guilty. Even if you do not believe the accused and his testimony does not cause you to have reasonable doubt then you must put his testimony to one side and consider whether on the balance of all the remaining evidence the Crown has proven the offence charged beyond a reasonable doubt. If it has you should find the accused guilty.

[TRADUCTION] Si vous croyez l’accusé, vous devez le déclarer non coupable. Si vous ne savez pas qui croire entre l’accusé, d’une part, et sa femme et sa fille, d’autre part, vous devez également le déclarer non coupable. Si vous ne croyez pas l’accusé mais que son témoignage soulève néanmoins chez vous un doute raisonnable, vous devez le déclarer non coupable. Même si vous ne croyez pas l’accusé et que son témoignage ne soulève chez vous aucun doute raisonnable, vous devez alors faire abstraction de son témoignage et examiner si, compte tenu des autres éléments de preuve, le ministère public a, hors de tout doute raisonnable, fait la preuve de l’infraction reprochée. Dans l’affirmative, vous devez déclarer l’accusé coupable.

While it is not necessary to decide this point in the present appeal, this aspect of the jury charge does appear to comply with the legal standard (see *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; and *Avetysan*). However, it does not

Bien qu’il ne soit pas nécessaire de se prononcer sur ce point dans le présent pourvoi, cet aspect de l’exposé au jury paraît conforme à la norme juridique (voir *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, et *Avetysan*).

cure the inadequacy of the explanation of reasonable doubt, it merely tells the jury to use that standard in assessing whether the Crown has proven its case.

This distinction is illustrated in *Avetysan*. In that case, the jury charge was faulted for two reasons: (1) “[t]he jury was not clearly told that the standard of proof was more than a balance of probabilities but less than absolute certainty” (para. 14), and (2) “[t]he jury should have been warned not to convict automatically if it found the testimony of the complainant was more credible than that of the appellant and [co-accused]” (para. 22). In other words, the error in the direction of how to deal with contradictory evidence was separate from the error concerning reasonable doubt, although each also compounded the other.

Therefore, in this case, no matter how flawless the charge was in laying out the various ways of viewing the evidence, the jury still could come to a fair assessment of guilt if it did not know the proper standard of proof to apply to the version of events it was inclined to believe.

Finally, it is significant that this all took place in the context of a relatively simple trial, which was essentially a credibility battle between the accused and his wife and daughter, his two alleged victims. As the appellant pointed out, the assessment of credibility is an everyday exercise, which is likely carried out on a probability standard. Furthermore, the evidence was circumstantial, the legal issues before the jury were not complex, and indeed, the jury did not find it necessary to ask any questions during its deliberations. This was an exacerbating factor which reinforced the jury’s impression that no special legal concepts were at play here, and that its ordinary approach to probability-based problem solving was appropriate.

The importance of taking into account such trial details was raised in *Russell* and serves to

Cependant, il ne remédie pas au caractère inadéquat de l’explication du doute raisonnable, car il demande seulement au jury de recourir à cette norme pour décider si le ministère public a établi la culpabilité de l’accusé.

Cette distinction est illustrée dans *Avetysan*. Dans cet arrêt, l’exposé au jury a été jugé défectueux pour deux motifs : (1) « [o]n n’a pas dit clairement au jury que la norme de preuve exigeait plus que la prépondérance des probabilités mais moins que la certitude absolue » (par. 14), et (2) « [o]n aurait dû [. . .] mettre [le jury] en garde de ne pas automatiquement condamner l’appelant et [le coaccusé] s’i[l] concluai[t] que le plaignant était plus crédible qu’eux » (par. 22). Autrement dit, l’erreur commise dans la directive sur la manière de composer avec la preuve contradictoire était distincte de l’erreur relative au doute raisonnable, les deux s’étant par ailleurs mutuellement aggravées.

Par conséquent, en l’espèce, aussi parfait qu’ait été l’exposé sur les diverses manières d’interpréter la preuve, le jury pouvait ne pas arriver à une appréciation équitable de la culpabilité s’il ignorait la norme de preuve qu’il convenait d’appliquer à la version des faits à laquelle il était porté à croire.

Enfin, il est significatif que tous ces faits se produisent dans un procès relativement simple, qui se résume essentiellement à une confrontation entre l’accusé et ses deux présumées victimes, sa femme et sa fille, pour établir leur crédibilité respective. Comme l’appelant l’a fait remarquer, l’appréciation de la crédibilité est un exercice quotidien qui se fait vraisemblablement selon la norme de probabilité. En outre, la preuve était circonstancielle, les questions de droit soumises au jury n’étaient pas complexes et le jury n’a effectivement pas jugé nécessaire de poser des questions au cours de ses délibérations. Il s’agissait là d’un facteur aggravant qui a renforcé l’impression du jury qu’aucun concept juridique particulier n’était en cause et qu’une approche ordinaire fondée sur la probabilité qu’on adopterait pour résoudre des problèmes courants était appropriée.

L’importance que revêt la prise en compte de tels détails relatifs au procès a été soulevée dans

61

62

63

64

distinguish that case from the one at bar. In *Russell*, the Court said at para. 17:

[The] assessment of the sufficiency of the charge is a function primarily exercised by courts of appeal and requires a detailed review of the charge as a whole in the full context of the trial: the complexity of the factual issues to be resolved, their degree of contentiousness, the nature and quality of the evidence tendered by the parties, their respective positions at trial, as well as any concerns that may have been expressed by the jury in its questions after the charge.

65 In *Russell*, the complex issues were *mens rea* and the relevance of drunkenness on the accused's ability to form the necessary intent for murder. These are clearly special legal concepts. And the jury obviously struggled with them to the extent that it asked the judge a question in this regard, during its deliberations. *Russell* instructs that such trial details are significant to the scrutiny of a jury charge. In the present case, the facts were easier to comprehend, the legal issues were simpler, and the jury asked no questions. The danger of this apparent simplicity is that there was less in this trial to signal to the jury that it had special legal issues to consider, or anything more than an everyday issue of probability to determine.

66 One final note: while trial context is relevant in the overall determination of whether a jury charge substantially complied with the *Lifchus* principles, this should not extend to a consideration of how strong the case was for either the Crown or the defence. This is a finding of fact, and it should be left to the jury.

67 Only one point remains to be discussed. At the hearing it was argued that this Court should defer to the judgment of the Court of Appeal, in the absence of an error of law. This issue, too, is complicated by the vexing transitional phase in which the courts still find themselves. In this case, the jury charge was delivered pre-*Lifchus*, the Court of Appeal review was after *Lifchus*, while this Court's

Russell et sert à distinguer cet arrêt du présent pourvoi. Dans *Russell*, par. 17, la Cour a déclaré :

L'évaluation du caractère satisfaisant d'un exposé est une fonction exercée principalement par les cours d'appel et exige un examen détaillé de l'ensemble de l'exposé dans le contexte du procès tout entier : la complexité des questions de fait à résoudre, leur degré de contestation, la nature et la qualité de la preuve des parties, leurs positions respectives au procès ainsi que toute préoccupation exprimée par les jurés dans leurs questions qui suivent l'exposé.

Dans *Russell*, les questions complexes concernaient la *mens rea* et le rapport entre l'ivresse et la capacité de l'accusé à former l'intention requise pour commettre un meurtre. Il s'agit clairement de concepts juridiques particuliers. De plus, le jury s'est manifestement débattu avec ces concepts au point qu'il a posé une question au juge à cet égard au cours de ses délibérations. L'arrêt *Russell* nous apprend que de tels détails relatifs au procès sont importants quant à l'examen approfondi de l'exposé au jury. Dans le présent pourvoi, les faits étaient plus simples, les questions de droit étaient plus simples et le jury n'a posé aucune question. Le danger de cette simplicité apparente réside dans le fait que ce procès comporte moins d'éléments indiquant au jury qu'il devait examiner des questions juridiques particulières ou que ce qu'il avait à résoudre représentait plus qu'une simple question de probabilité de tous les jours.

Une dernière remarque : quoique pertinent quant à la décision globale de savoir si un exposé au jury est conforme pour l'essentiel aux principes de *Lifchus*, le contexte du procès ne devrait pas servir dans l'examen de la solidité de la preuve présentée par le ministère public ou la défense. Il s'agit d'une conclusion de fait qui devrait être laissée à l'appréciation du jury.

Il ne reste qu'un seul point à analyser. On a soutenu à l'audience que notre Cour devait s'en remettre à l'arrêt de la Cour d'appel en l'absence d'une erreur de droit. Cette question est, elle aussi, compliquée par la phase de transition difficile que connaissent encore les tribunaux. En l'occurrence, l'exposé au jury est antérieur à *Lifchus*, la Cour d'appel a examiné l'appel postérieurement à

perspective is now further broadened by the judgments in *Starr, Bisson, Beauchamp, Avetysan* and *Russell*. Notwithstanding this fact, a close reading of the decision of Esson J.A. for the majority in the court below reveals that he misunderstood the principle that even pre-*Lifchus* jury charges must substantially comply with that judgment. As a result, with respect, I think the trial judge misapplied this principle.

In this case, Esson J.A. relied on his decision in the companion case of *R. v. K. (K.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 35, 2000 BCCA 161, to rule that a jury charge on reasonable doubt delivered before *Lifchus* need not comply with *Lifchus*'s enumerated principles (at paras. 3-5):

As in *K.K.*, the trial took place before the decision of the Supreme Court in *R. v. Lifchus*

The appellant alleges five errors, two of omission and three of commission is defining reasonable doubt. The alleged errors of omission are in failing to instruct the jury that more is required than probable guilt and in failing to instruct them that they must be "sure" that the accused committed the offence.

For the reasons given in *K.K.*, I find no merit in those submissions.

The reasons in *K. (K.)*, at para. 19, make it clear that Esson J.A. was of the view that *Lifchus* has no retroactive effect:

The lengthy discussion under the heading "How Should the Expression 'Reasonable Doubt' be Explained to the Jury?" [in *Lifchus*] is undoubtedly of major importance. But it does not arise out of the facts of the case and, in my view, is clearly intended to apply only to future cases, and not to charges given before September 18, 1997 [the release date of *Lifchus*]. It is implicit in the term "suggested charge" that Cory J., in that section of his reasons, was speaking to the future.

Again, in para. 24 of *K. (K.)*, Esson J.A. writes:

The basic error in *Lowns* [*R. v. Lowns* (1998), 131 C.C.C. (3d) 295 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1999] 1 S.C.R. xii], in my respectful view, is in assum-

Lifchus, alors que les arrêts *Starr, Bisson, Beauchamp, Avetysan* et *Russell* ont maintenant élargi davantage la perspective de notre Cour. Mise à part cette situation, une lecture approfondie de la décision du juge Esson, s'exprimant au nom des juges majoritaires du tribunal de juridiction inférieure, révèle qu'il a mal compris le principe selon lequel même les exposés au jury antérieurs à *Lifchus* doivent être conformes pour l'essentiel à cet arrêt. Par conséquent, en toute déférence, je suis d'avis que le juge du procès a mal appliqué ce principe.

En l'espèce, le juge Esson s'est fondé sur sa décision dans l'arrêt connexe *R. c. K. (K.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 35, 2000 BCCA 161, pour conclure qu'un exposé au jury antérieur à *Lifchus* sur le doute raisonnable n'avait pas à être conforme aux principes énumérés dans *Lifchus* (aux par. 3-5) :

[TRADUCTION] Comme c'est le cas de *K. (K.)*, le procès a eu lieu avant que ne soit rendu l'arrêt de la Cour suprême dans *R. c. Lifchus* [. . .]

L'appelant allègue cinq erreurs liées à la définition du doute raisonnable, soit deux d'omission et trois d'action. Les erreurs d'omission alléguées concernent l'omission du juge d'informer le jury qu'on exige davantage que la culpabilité probable et qu'il doit être « sûr » que l'accusé a commis l'infraction.

Pour les motifs exposés dans *K. (K.)*, je suis d'avis que ces arguments sont dénués de fondement.

Il ressort clairement des motifs de *K. (K.)*, par. 19, que le juge Esson estimait que *Lifchus* n'avait aucun effet rétroactif :

[TRADUCTION] Nul doute que la très longue analyse effectuée sous la rubrique « Comment l'expression "doute raisonnable" devrait-elle être expliquée au jury? » [dans *Lifchus*] revêt une importance majeure. Mais elle ne découle pas des faits de l'affaire et, à mon avis, elle vise clairement à s'appliquer uniquement aux affaires futures, et non aux exposés antérieurs au 18 septembre 1997 [date de prononcé de l'arrêt *Lifchus*]. Il est implicite que, par l'emploi du terme « exposé proposé » dans cette partie de ses motifs, le juge Cory parlait des situations futures.

Une fois de plus, au par. 24 de *K. (K.)*, le juge Esson déclare :

[TRADUCTION] L'erreur fondamentale dans *Lowns* [*R. c. Lowns* (1998), 131 C.C.C. (3d) 295 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. xii] con-

ing that the suggested charge in *Lifchus* is to be applied to cases which, at the date of that decision, were “in the system”.

Finally, in para. 26 of *K. (K.)*, the point is again reiterated:

It may well be that the holding in *Lifchus* that it is a fundamental principle that juries be provided with a definition of reasonable doubt will be found to apply to cases which were “in the pipeline” at the date of that decision. But that cannot rationally apply to the model charge which brings about merely an incremental change in established law and which, on its face, is intended to apply only prospectively.

70

Based on this view, in the present case *Esson J.A.* concluded, at para. 7:

When the comment that reasonable doubt is not a legal term is read in its context, it must be seen as being at worst a harmless error if, before *Lifchus*, it could be considered an error at all.

Esson J.A. was at a disadvantage, as he was deciding before the release of this Court’s judgments in *Starr, Bisson* and *Avetysan*. These cases make it clear that all of the principles enumerated in *Lifchus* will and must be applied to jury charges delivered before its release, but still in the system. As I remarked at the outset of these reasons, this Court has noted how this has given rise to a vexing “transitional period”, but one in which, nevertheless, courts “will continue to be vigilant to ensure that unfair trials and miscarriages of justice do not go unremedied”.

V. Conclusion

71

To sum up, in my view, it is now clear that a jury must understand that guilt beyond a reasonable doubt is a standard higher than probable guilt. However that is accomplished, it is nevertheless a basic and necessary element of the *Lifchus* principles to be included in every jury charge. In the case at bar, that message was simply not conveyed. On the whole, in the jury charge in this case, unlike in *Russell*, this minimum standard, the probable guilt “floor” was missing, and as a result, there was a rea-

siste, à mon humble avis, à avoir supposé que l’exposé proposé dans *Lifchus* devait s’appliquer aux affaires « en cours » au moment où cette décision a été rendue.

Enfin, au par. 26 de *K. (K.)*, le juge réitère de nouveau ce point de vue :

[TRADUCTION] Il se peut très bien que la conclusion dans *Lifchus*, selon laquelle l’obligation de donner aux jurés une définition du doute raisonnable constitue un principe fondamental, soit jugée applicable aux affaires « en cours » à la date de cette décision. Mais elle ne peut rationnellement s’appliquer au modèle d’exposé qui n’apporte qu’une légère modification au regard du droit établi et qui, à première vue, ne vise à s’appliquer que pour l’avenir.

Sur ce fondement, le juge *Esson* a statué en l’espèce au par. 7:

[TRADUCTION] Lorsque le commentaire selon lequel le doute raisonnable ne constitue pas un terme juridique est interprété dans son contexte, il doit être considéré au pire comme une erreur inoffensive, à supposer que, avant *Lifchus*, il ait pu être considéré comme une erreur.

Le juge *Esson* était alors dans une position moins favorable, car il a rendu son arrêt avant que notre Cour se prononce dans *Starr, Bisson* et *Avetysan*. Il ressort clairement de ces arrêts que tous les principes énumérés dans *Lifchus* seront et doivent être appliqués aux exposés au jury qui lui sont antérieurs mais qui se trouvent encore dans le système. Comme je l’ai souligné au début des présents motifs, notre Cour a noté comment cette situation a donné lieu à une « période de transition » difficile, au cours de laquelle, toutefois, les tribunaux « continueront de veiller à remédier aux procès inéquitables et aux erreurs judiciaires ».

V. Conclusion

Pour résumer, il est maintenant clair, à mon avis, que le jury doit comprendre que la culpabilité hors de tout doute raisonnable est une norme plus exigeante que la culpabilité probable. Peu importe la manière de procéder, l’explication à cet égard, qui constitue un élément fondamental et nécessaire des principes de *Lifchus*, doit figurer dans tout exposé au jury. Ici, ce message n’a tout simplement pas été transmis. Dans l’ensemble de l’exposé au jury en l’espèce, contrairement à celui dans *Russell*, la

sonable likelihood that the jury misunderstood this key aspect of its deliberative task. I would therefore allow the appeal and order a new trial.

Appeal dismissed, LEBEL J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Gibbons Ritchie, Vancouver.

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

norme minimale, soit le « plancher » de culpabilité probable, manquait et il était donc raisonnablement probable que le jury ait mal compris cet aspect clé de sa tâche de délibération. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, le juge LEBEL est dissident.

Procureurs de l'appelant : Gibbons Ritchie, Vancouver.

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

539938 Ontario Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub and Joyce Zub *Appellants*

v.

Tyler Derksen, a minor, by his litigation guardian William Derksen, Travis Derksen, a minor, by his litigation guardian William Derksen, the said William Derksen, Kathy Derksen, William Derksen (Sr.), Justina Derksen, Fred Irvine and Edith Irvine *Respondents*

and

539938 Ontario Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub and Joyce Zub (with respect to Wawanesa Automobile Policy Number 3556895) *Respondents*

and

539938 Ontario Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub and Joyce Zub (in their uninsured capacity) *Respondents*

INDEXED AS: DERKSEN v. 539938 ONTARIO LTD.

Neutral citation: 2001 SCC 72.

File No.: 27524.

Hearing and judgment: April 25, 2001.

Reasons delivered: October 19, 2001.

Present: L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Commercial general liability insurance — Exclusions — Coverage excluded for bodily injury or property damage arising out of the ownership, use or operation of an automobile and for bodily injury or property damage with respect to which any automobile policy is in effect — Accident caused by employee's failure to safely clean up work site and failure to ensure supply truck could be operated safely — Supply truck covered

539938 Ontario Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub et Joyce Zub *Appelants*

c.

Tyler Derksen, mineur, représenté par son tuteur à l'instance William Derksen, Travis Derksen, mineur, représenté par son tuteur à l'instance William Derksen, William Derksen, Kathy Derksen, William Derksen (père), Justina Derksen, Fred Irvine et Edith Irvine *Intimés*

et

539938 Ontario Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub et Joyce Zub (relativement à la police d'assurance automobile n° 3556895 émise par la Wawanesa) *Intimés*

et

539938 Ontario Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub et Joyce Zub (en qualité de non-assurés) *Intimés*

RÉPERTORIÉ : DERKSEN c. 539938 ONTARIO LTD.

Référence neutre : 2001 CSC 72.

N° du greffe : 27524.

Audition et jugement : 25 avril 2001.

Motifs déposés : 19 octobre 2001.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Assurance — Assurance responsabilité civile des entreprises — Exclusions — Exclusion de la garantie en cas de lésions corporelles ou dommages matériels découlant de la propriété, de l'usage ou de la conduite d'une automobile et de lésions corporelles ou dommages matériels visés par une police d'assurance automobile en vigueur — Accident causé par l'omission d'un employé de nettoyer le chantier pour qu'il

by automobile insurance policy — Whether use of supply truck was proximate cause of accident — Whether accident resulting from concurrent sources of causation — If so, whether general liability policy provides coverage where there are two concurrent causes, one of which is excluded from coverage — Whether exclusion clauses should be interpreted to exclude coverage under general liability policy — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 267.1.

During clean up of a work site, one of the contractor's employees left a steel base plate unsecured at the rear of a supply truck. As he drove the truck on the highway, the steel base plate flew off the compressor unit and through the window of an oncoming school bus, killing one child and seriously injuring three others. As a result, a number of negligence actions were brought. The plaintiffs alleged, among other things, negligence at the work site and negligence in the operation of the truck. The truck was covered by an automobile insurance policy. The contractor also had a commercial general liability ("CGL") policy and an excess coverage policy. The CGL policy excluded coverage for "[b]odily injury" or "property damage" arising out of the ownership, use or operation . . . of . . . [a]ny "automobile" (clause (e)(1)) and for "[b]odily injury" or "property damage" with respect to which any motor vehicle liability policy is in effect . . ." (clause (e)(2)). On a motion to determine coverage, the motions judge held that all three policies provided coverage and determined the extent of coverage. He found two concurrent causes of the accident: negligent clean up of the work site, covered by the CGL policy, and negligent operation of the truck, covered by the automobile policy. Coverage under the automobile policy is limited by s. 267.1 of the *Insurance Act* to non-pecuniary damages. The coverage under the CGL policy is restricted by its exclusion clause and by s. 267.1. The CGL policy insures against pecuniary and non-pecuniary losses not attributable to auto-related causes. The umbrella policy will be engaged up to its limits if there is a shortfall in either of the primary policies. The motions judge's decision was upheld by the Ontario Court of Appeal.

soit sécuritaire et de veiller à ce que le camion d'approvisionnement puisse être conduit de façon sécuritaire — Camion d'approvisionnement couvert par la police d'assurance automobile — L'usage du camion d'approvisionnement a-t-il été la cause immédiate de l'accident? — L'accident est-il le résultat de sources concourantes de causalité? — Dans l'affirmative, la garantie de la police d'assurance responsabilité civile s'applique-t-elle lorsqu'il y a eu deux causes concourantes et que l'une de ces causes est exclue? — Les clauses d'exclusion ont-elles pour effet d'écarter la garantie prévue par la police d'assurance responsabilité civile? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 267.1.

Durant le nettoyage d'un chantier, un employé de l'entrepreneur a laissé un socle d'acier non attaché à l'arrière d'un camion d'approvisionnement. Pendant que le camion roulait sur l'autoroute, le socle d'acier a été projeté dans le pare-brise d'un autobus scolaire roulant en sens inverse, causant ainsi la mort d'un enfant et des blessures graves à trois autres. Par suite de cet accident, un certain nombre d'actions en négligence ont été intentées. Les demandeurs ont notamment plaidé qu'il y avait eu négligence sur le chantier et dans la conduite du camion. Le camion était couvert par une police d'assurance automobile. L'entrepreneur détenait également une police d'assurance responsabilité civile des entreprises (la police « ARCE ») et une police d'assurance complémentaire. La police ARCE excluait de la garantie « les "lésions corporelles" et les "dommages matériels" découlant de la propriété, de l'usage ou de la conduite [. . .] de [. . .] toute "automobile" » (clause (e)(1)) et « les "lésions corporelles" et les "dommages matériels" visés par une police d'assurance responsabilité automobile qui est en vigueur . . . » (clause (e)(2)). Saisi d'une requête lui demandant de statuer sur la garantie applicable, le juge des requêtes a conclu que la garantie de chacune des trois polices s'appliquait et il a déterminé dans quelle mesure. Il a statué que deux causes avaient concouru à l'accident : le nettoyage négligent du chantier, qui était couvert par la police ARCE, et la conduite négligente du camion, qui était couverte par la police d'assurance automobile. L'article 267.1 de la *Loi sur les assurances* limite la garantie de la police d'assurance automobile aux pertes non pécuniaires. La garantie de la police ARCE est restreinte par sa clause d'exclusion et par l'art. 267.1. Cette police assure les pertes pécuniaires et non pécuniaires attribuables à des causes non liées à l'automobile. La police d'assurance complémentaire s'applique jusqu'à concurrence de la somme totale couverte en cas d'insuffisance de l'une ou l'autre des garanties de premier rang. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision du juge des requêtes.

Held: The appeal should be dismissed.

The accident was the result of two concurrent causes: the failure to safely clean the work site up and the failure to ensure that the truck could be operated safely. Neither cause was dominant since the accident would not have occurred but for either cause. The work site negligence cannot be characterized as being part of loading the supply truck. Nor was the use of the truck an independent intervening proximate cause, interrupting the chain of causation and rendering the automobile exclusion applicable. In any event, the utility of the "proximate cause" analysis with respect to insurance policies is questionable. Furthermore, s. 267.1 of the *Insurance Act* recognizes that there may be concurrent causes. In such circumstances, it is undesirable to attempt to decide which of two concurrent causes was the "proximate" cause.

The general liability policy provided coverage notwithstanding that the auto-related cause was specifically excluded from coverage. Where there are concurrent causes, there is no presumption that all coverage is ousted if one of the concurrent causes is an excluded peril. If an insurer wishes to oust coverage in such cases, it must expressly state that in the insurance policy. Moreover, whether an exclusion clause applies in a particular case of concurrent causes is a matter of interpretation. Here, the words "arising out of" in exclusion clause (e)(1) do not indicate that coverage for an insured risk will be inoperative if an expressly excluded risk constitutes an additional cause. Since the loss in this case arose partly from the use or operation of an automobile, exclusion clause (e)(1) is triggered, but only as to that portion of the loss attributable to the auto-related cause. The negligent clean up of the work site was a non-auto-related cause and, absent express language to the contrary, the CGL policy should cover this risk. Exclusion clause (e)(2) does not exclude coverage for the portion of loss attributable to the non-auto-related cause. Although there is an automobile policy "in effect", in the context of s. 267.1 of the *Insurance Act*, the policy cannot be said to be "in effect" with respect to pecuniary or non-pecuniary loss attributable to non-auto-related negligence. A narrow interpretation of the exclusion clauses is consistent with the general principles of interpretation of insurance policies and with the true intentions of the parties. It is also

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'accident a résulté de deux causes concourantes : l'omission de nettoyer le chantier pour qu'il soit sécuritaire et celle de veiller à ce que le camion puisse être conduit de façon sécuritaire. Ni l'une ni l'autre de ces causes n'avaient un caractère dominant puisque l'accident ne serait pas survenu si l'une d'elles avait été absente. La négligence survenue sur le chantier ne peut être considérée comme un aspect du chargement de l'automobile. De plus, l'usage du camion n'a pas constitué une cause immédiate nouvelle et indépendante, qui aurait rompu le lien de causalité et rendu applicable l'exclusion relative aux automobiles. De toute manière, l'utilité de l'analyse fondée sur la « cause immédiate » en matière de polices d'assurance est discutable. De plus, l'art. 267.1 de la *Loi sur les assurances* envisage qu'il puisse y avoir des causes concourantes. Dans de telles circonstances, il n'est pas souhaitable de tenter de déterminer laquelle des deux causes concourantes a été la cause « immédiate ».

La garantie de la police d'assurance responsabilité civile s'appliquait en dépit du fait qu'elle excluait expressément la cause liée à l'automobile. En présence de causes concourantes, il n'existe aucune présomption voulant que toute garantie soit écartée si l'une de ces causes est un péril exclu. Si un assureur désire écarter la garantie dans de tels cas, il doit le dire expressément dans la police d'assurance. En outre, la question de savoir si une clause d'exclusion s'applique dans une situation où il y a des causes concourantes est une question d'interprétation. En l'espèce, les mots « découlant de » figurant dans la clause d'exclusion (e)(1) n'indiquent pas que la garantie visant un risque assuré devient inapplicable dans les cas où un risque expressément exclu constitue une cause additionnelle du préjudice. Étant donné que, en l'espèce, la perte découle en partie de l'usage ou de la conduite de l'automobile, la clause d'exclusion (e)(1) entre en jeu, mais seulement à l'égard de la partie de la perte qui est attribuable à la cause liée à l'automobile. Le nettoyage négligent du chantier était une cause non liée à l'automobile et, en l'absence de clause explicite à l'effet contraire, la police ARCE doit garantir ce risque. La clause d'exclusion (e)(2) n'exclut pas de la garantie la partie de la perte qui est attribuable aux causes non liées à l'automobile. Bien qu'il existe une police d'assurance automobile « en vigueur », dans le contexte de l'art. 267.1 de la *Loi sur les assurances*, il est impossible d'affirmer que la police d'assurance automobile est « en vigueur » à l'égard des pertes pécuniaires ou non pécuniaires attribuables à la négligence non liée à l'automobile. L'interprétation restrictive des clauses d'exclusion est conforme aux princi-

consistent with and gives effect to s. 267.1 of the *Insurance Act*.

Cases Cited

Followed: *C.C.R. Fishing Ltd. v. British Reserve Insurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 814; **not followed:** *Wayne Tank and Pump Co. v. Employers' Liability Assurance Corp.*, [1973] 3 All E.R. 825; **distinguished:** *Law, Union & Rock Insurance Co. v. Moore's Taxi Ltd.*, [1960] S.C.R. 80; *Wu v. Malamas* (1985), 21 D.L.R. (4th) 468; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Prudential Assurance Co.*, [1959] S.C.R. 539; *Dominion Bridge Co. v. Toronto General Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 362; *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405; **referred to:** *Walker Estate v. York Finch General Hospital*, [2001] 1 S.C.R. 647, 2001 SCC 23; *Charterhouse Properties Ltd. v. Laurentian Pacific Insurance Co.*, [1993] I.L.R. ¶1-2937; *Lizotte v. Traders General Insurance Co.*, [1986] I.L.R. ¶1-2076; *Clark's Chick Hatchery Ltd. v. Commonwealth Insurance Co.* (1982), 40 N.B.R. (2d) 87; *Goodman v. Royal Insurance Co. of Canada*, [1997] 8 W.W.R. 69; *Pavlovic v. Economical Mutual Insurance Co.* (1994), 28 C.C.L.I. (2d) 314; *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252.

Statutes and Regulations Cited

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 267.1 [ad. 1993, c. 10, s. 25].

Authors Cited

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 123 O.A.C. 232, 45 M.V.R. (3d) 6, [1999] O.J. No. 2743 (QL), dismissing the appellants' appeal from a decision of the Ontario Court (General Division) (1998), 37 M.V.R. (3d) 59, [1998] O.J. No. 3723 (QL). Appeal dismissed.

Steven Stieber and Heleni Maroudas, for the appellants.

Kristopher H. Knutsen, Q.C., and *Wesley Derksen*, for the respondents Tyler Derksen et al.

Earl A. Cherniak, Q.C., *S. Alexander Zaitzeff* and *Kirk F. Stevens*, for the respondents 539938 Ontario

pes généraux d'interprétation des polices d'assurance et compatible avec l'intention véritable des parties. Elle est en outre compatible avec l'art. 267.1 de la *Loi sur les assurances* et elle donne effet à cette disposition.

Jurisprudence

Arrêt suivi : *C.C.R. Fishing Ltd. c. British Reserve Insurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 814; **arrêt non suivi :** *Wayne Tank and Pump Co. c. Employers' Liability Assurance Corp.*, [1973] 3 All E.R. 825; **distinction d'avec les arrêts :** *Law, Union & Rock Insurance Co. c. Moore's Taxi Ltd.*, [1960] R.C.S. 80; *Wu c. Malamas* (1985), 21 D.L.R. (4th) 468; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Prudential Assurance Co.*, [1959] R.C.S. 539; *Dominion Bridge Co. c. Toronto General Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 362; *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405; **arrêts mentionnés :** *Walker, Succession c. York Finch General Hospital*, [2001] 1 R.C.S. 647, 2001 CSC 23; *Charterhouse Properties Ltd. c. Laurentian Pacific Insurance Co.*, [1993] I.L.R. ¶1-2937; *Lizotte c. Traders General Insurance Co.*, [1986] I.L.R. ¶1-2076; *Clark's Chick Hatchery Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.* (1982), 40 N.B.R. (2d) 87; *Goodman c. Royal Insurance Co. of Canada*, [1997] 8 W.W.R. 69; *Pavlovic c. Economical Mutual Insurance Co.* (1994), 28 C.C.L.I. (2d) 314; *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252.

Lois et règlements cités

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 267.1 [aj. 1993, ch. 10, art. 25].

Doctrine citée

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney : LBC Information Services, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 123 O.A.C. 232, 45 M.V.R. (3d) 6, [1999] O.J. No. 2743 (QL), ayant rejeté l'appel formé par les appelants contre la décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 37 M.V.R. (3d) 59, [1998] O.J. No. 3723 (QL). Pourvoi rejeté.

Steven Stieber et Heleni Maroudas, pour les appelants.

Kristopher H. Knutsen, c.r., et *Wesley Derksen*, pour les intimés Tyler Derksen et autres.

Earl A. Cherniak, c.r., *S. Alexander Zaitzeff* et *Kirk F. Stevens*, pour les intimés 539938 Ontario

Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub and Joyce Zub (with respect to Wawanesa Automobile Policy Number 3556895).

Lawrence G. Phillips, for the respondents 539938 Ontario Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub and Joyce Zub (in their uninsured capacity).

The judgment of the Court was delivered by

1 MAJOR J. — This appeal requires the Court to consider whether in the circumstances of this case the comprehensive general liability insurance policy involved afforded coverage. At the end of the hearing, the Court concluded that it did and dismissed the appeal, with reasons to follow.

2 Bell Canada, who is not a party, entered into a contract with numbered company 539938 Ontario Limited, which operates under the name Roy's Electric (the "Contractor"), for the laying of cable. One of the defendants Douglas Zub filled many roles. He was a shareholder of the Contractor. He was an employee of the same company and worked as its foreman.

3 The Contractor owned a supply truck which was covered by a \$1,000,000 automobile insurance policy issued by Wawanesa ("automobile policy"). As required under the contract with Bell Canada, the Contractor had two other insurance policies. One was a commercial general liability policy of \$1,000,000 with General Accident ("CGL policy"), which covered liability claims against the Contractor. The other was an excess coverage policy also from General Accident for \$4,000,000 ("umbrella policy"). It covered any shortfall under either the automobile policy or the CGL policy. For the purposes of this appeal, "automobile" includes the Contractor's truck.

Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub et Joyce Zub (relativement à la police d'assurance automobile n° 3556895 émise par la Wawanesa).

Lawrence G. Phillips, pour les intimés 539938 Ontario Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub et Joyce Zub (en qualité de non-assurés).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour doit déterminer si la garantie prévue par la police d'assurance responsabilité civile générale s'appliquait dans les circonstances de l'espèce. Au terme de l'audience, notre Cour a jugé que oui et a rejeté le pourvoi, indiquant qu'elle déposerait ses motifs ultérieurement.

Bell Canada, qui n'est pas partie à l'instance, a conclu avec la société à dénomination numérique 539938 Ontario Limited, qui exploite son entreprise sous le nom commercial Roy's Electric (l'« entrepreneur »), un contrat visant l'installation d'un câble. L'un des défendeurs, Douglas Zub, jouait de nombreux rôles. En plus d'être actionnaire de l'entrepreneur, il était salarié de cette entreprise et contremaître de celle-ci.

L'entrepreneur était propriétaire d'un camion d'approvisionnement couvert par une police d'assurance automobile d'un million de dollars émise par la société Wawanesa (la « police d'assurance automobile »). Comme l'exigeait le contrat conclu avec Bell Canada, l'entrepreneur détenait deux autres polices d'assurance : une police d'assurance responsabilité civile des entreprises d'une valeur d'un million de dollars souscrite auprès de la société General Accident (la « police ARCE »), qui couvrait les actions en responsabilité intentées contre l'entrepreneur; une police d'assurance complémentaire d'une valeur de quatre millions de dollars, également souscrite auprès de la General Accident (l'« assurance complémentaire ») et qui couvrait toute insuffisance de la couverture de la police d'assurance automobile ou de la police ARCE. Pour les fins du présent pourvoi, le mot « automobile » vise le camion de l'entrepreneur.

The CGL policy excluded coverage for bodily injury or property damage arising out of the ownership, use or operation of an automobile and for bodily injury or property damage with respect to which any motor vehicle policy is in effect. At the heart of this appeal is whether the claims, as described below, come within the terms of the exclusion.

Adverse weather conditions developed at the site where the cable was being laid the afternoon of December 5, 1994. As a result, work was halted earlier than usual. During the clean up, Mr. Zub removed a sign assembly from the ditch. It consisted of a sign, a shaft and a steel base plate. He put both the sign and shaft inside the supply truck. However, he placed the steel base plate unsecured on a cross-member of the tow bar for a compressor unit attached to the rear of the supply truck.

Mr. Zub then drove the supply truck along the highway. The steel base plate flew off the tow bar and through the windshield of an oncoming school bus, killing one child and seriously injuring three others.

As a result of the personal injuries and other loss sustained in the accident, a number of negligence actions were brought against the Contractor, its employees and other defendants. The plaintiffs in these actions ("Plaintiffs") alleged, among other things, negligence at the work site and negligence in the operation of the truck.

The terms of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, preclude the Plaintiffs from claiming any pecuniary loss against the Contractor and Mr. Zub as owner and occupant of the truck. The Plaintiffs can however claim against the Contractor for pecuniary loss caused by negligence of its employees at the work site. It is a distinct action from that of automobile negligence.

La police ARCE excluait de la garantie les lésions corporelles et les dommages matériels découlant de la propriété, de l'usage ou de la conduite d'une automobile, ainsi que les lésions corporelles et les dommages matériels visés par toute police d'assurance automobile en vigueur. Le présent pourvoi porte essentiellement sur la question de savoir si l'exclusion s'applique aux réclamations mentionnées plus loin.

Au cours de l'après-midi du 5 décembre 1994, il faisait mauvais à l'endroit où on installait le câble. En conséquence, les travaux ont cessé plus tôt qu'à l'habitude. Pendant le nettoyage des lieux, M. Zub a retiré du fossé un dispositif de signalisation composé d'un panneau, d'une tige et d'un socle d'acier. M. Zub a chargé le panneau et la tige à bord du camion d'approvisionnement. Il a toutefois déposé le socle d'acier — sans l'attacher — sur une pièce transversale du timon de la remorque supportant un compresseur à l'arrière du camion.

Monsieur Zub a alors pris le volant du camion et s'est engagé sur l'autoroute. Le socle d'acier reposant sur le timon a été projeté dans le pare-brise d'un autobus scolaire roulant en sens inverse, causant ainsi la mort d'un enfant et des blessures graves à trois autres.

Par suite des lésions corporelles et autres pertes subies dans l'accident, un certain nombre d'actions en négligence ont été intentées contre l'entrepreneur, ses employés et d'autres défendeurs. Les demandeurs à ces actions (les « demandeurs ») ont notamment plaidé qu'il y avait eu négligence sur le chantier et dans la conduite du camion.

La *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8, empêche les demandeurs de réclamer à l'entrepreneur et à M. Zub, en tant que propriétaire du camion et personne transportée dans celui-ci, quelque indemnité que ce soit au titre des pertes pécuniaires. Ils peuvent cependant poursuivre l'entrepreneur pour les pertes pécuniaires causées par la négligence de ses employés sur le chantier. Il s'agit d'une action distincte de l'action invoquant la négligence dans la conduite d'une automobile.

4

5

6

7

8

9 The Plaintiffs' claims gave rise to questions of which of the three insurance policies provided coverage. The Plaintiffs brought a motion before the Ontario Court (General Division) for the determination of coverage. The motions judge held that all three policies provided coverage.

10 The motions judge found that there were two concurrent causes of the accident: negligent clean up of the work site ("non-auto-related negligence") covered by the CGL policy and negligence in the operation of the truck ("auto-related negligence") covered by the automobile policy.

11 Although the automobile policy and CGL policy both provide primary coverage, the extent of each coverage varies. Coverage under the automobile policy is limited by s. 267.1 of the *Insurance Act* to non-pecuniary damages. The coverage under the CGL policy is restricted by its exclusion clause and by s. 267.1. It insures for pecuniary and non-pecuniary losses that are attributable to causes other than those that are auto-related. The umbrella policy will be engaged up to its limits if there is a shortfall in either of the primary policies. To the extent that any pecuniary losses are attributable to auto-related negligence, the Plaintiffs cannot recover for those as a result of the provisions of the Ontario *Insurance Act*.

12 The motions judge's decision was upheld by the Ontario Court of Appeal.

I. The Relevant Contractual and Statutory Provisions

13 *The Wawanesa Automobile Policy Coverage Clause*

3.3 What We Cover

You or other insured persons may be legally responsible for the bodily injury to, or death of others, or for damage to the property of others as a result of owning, using or operating the automobile. In that

Les réclamations des demandeurs ont soulevé la question de savoir laquelle des trois polices d'assurance s'appliquait. Les demandeurs ont présenté à la Cour de l'Ontario (Division générale) une requête demandant à celle-ci de statuer sur la garantie applicable. Le juge des requêtes a conclu que la garantie de chacune des trois polices s'appliquait.

Le juge des requêtes a statué que deux causes avaient concouru à l'accident : le nettoyage négligent du chantier (la « négligence non liée à l'automobile »), couvert par la police ARCE, et la conduite négligente du camion (la « négligence liée à l'automobile »), couverte par la police d'assurance automobile.

Bien que la police d'assurance automobile et la police ARCE fournissent toutes deux une garantie de premier rang, l'étendue de chaque garantie varie. L'article 267.1 de la *Loi sur les assurances* limite la garantie de la police d'assurance automobile aux pertes non pécuniaires. La garantie de la police ARCE est restreinte par sa clause d'exclusion et par l'art. 267.1. Cette police assure les pertes pécuniaires et non pécuniaires attribuables à des causes non liées à l'automobile. La police d'assurance complémentaire s'applique jusqu'à concurrence de la somme totale couverte en cas d'insuffisance de l'une ou l'autre des garanties de premier rang. En raison des dispositions de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, les demandeurs ne peuvent être indemnisés des pertes pécuniaires qui seraient attribuables à la négligence non liée à l'automobile.

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision du juge des requêtes.

I. Les dispositions contractuelles et législatives pertinentes

La clause de garantie de la police d'assurance automobile de la Wawanesa

[TRADUCTION]

3.3 Étendue de la garantie

Il se peut que vous-même ou les autres personnes assurées soyez tenus par la loi responsables des lésions corporelles et même du décès d'autrui, ainsi que des dommages matériels causés aux biens

case, we will make any payment on your or other insured persons' behalf that the law requires, up to the limits of the policy.

The Commercial General Liability Cover Clause

1. Insuring Agreement

- (a) We will pay those sums that the Insured becomes legally obligated to pay as compensatory damages because of "bodily injury" or "property damage" to which this insurance applies. . . .
- (b) Compensatory damages because of "bodily injury" include compensatory damages claimed by any person or organization for care, loss of services or death resulting at any time from the "bodily injury". . . .

The Commercial General Liability Exclusion Clause

2. Exclusions

This insurance does not apply to:

. . . .

- (e) (1) "Bodily injury" or "property damage" arising out of the ownership, use or operation by or on behalf of any Insured of:
 - (a) Any "automobile"; . . .
 - (2) "Bodily injury" or "property damage" with respect to which any motor vehicle liability policy is in effect or would be in effect but for its termination upon exhaustion of its limit of liability or is required by law to be in effect.

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8 (as amended by S.O. 1993, c. 10, s. 25)

267.1 — (1) Despite any other Act and subject to subsections (2) and (6), the owner of an automobile, the

d'autrui par l'automobile dont vous êtes le (la) propriétaire ou que vous conduisez ou utilisez. Si cela se produit, nous verserons pour votre compte toutes les indemnités légalement exigées, jusqu'à concurrence de la limite mentionnée dans votre police.

La clause de garantie de la police d'assurance responsabilité civile des entreprises

[TRANSLATION]

1. Objet de l'assurance

- (a) Nous verserons toute somme que l'assuré est tenu par la loi de payer à titre de dommages-intérêts compensatoires pour les « lésions corporelles » ou les « dommages matériels » visés par la présente assurance . . .
- (b) Les dommages-intérêts compensatoires payables pour cause de « lésions corporelles » s'entendent notamment des dommages-intérêts compensatoires réclamés par une personne ou une organisation pour les soins prodigués par suite de ces « lésions corporelles » ou pour toute perte de services ou tout décès résultant de ces lésions . . .

La clause d'exclusion de la police d'assurance responsabilité civile des entreprises

[TRANSLATION]

2. Exclusions

Ne sont pas couverts par la présente assurance :

. . . .

- (e) (1) les « lésions corporelles » et les « dommages matériels » découlant de la propriété, de l'usage ou de la conduite par l'assuré ou pour son compte de :
 - (a) toute « automobile »; . . .
 - (2) les « lésions corporelles » et les « dommages matériels » visés par une police d'assurance responsabilité automobile qui est en vigueur — ou le serait si elle n'avait cessé de produire ses effets pour cause d'épuisement de sa limite de garantie —, ou qui est requise par la loi.

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8 (modifiée par L.O. 1993, ch. 10, art. 25)

267.1 (1) Malgré toute autre loi et sous réserve des paragraphes (2) et (6), le propriétaire d'une

occupants of an automobile and any person present at the incident are not liable in a proceeding in Ontario for loss or damage from bodily injury or death arising directly or indirectly from the use or operation of the automobile in Canada, the United States of America or any other country designated in the *Statutory Accident Benefits Schedule*.

(2) Subsection (1) does not relieve a person from liability for damages for non-pecuniary loss, including damages for non-pecuniary loss under clause 61(2)(e) of the *Family Law Act*, if as a result of the use or operation of the automobile the injured person has died or has sustained,

- (a) serious disfigurement; or
- (b) serious impairment of an important physical, mental or psychological function.

. . .

(6) Subsection (1) does not relieve any person from liability other than the owner of the automobile, the occupants of the automobile and the persons present at the incident.

II. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division) (1998), 37 M.V.R. (3d) 59*

14

As noted earlier a motion was brought before the Ontario Court (General Division) relating to the coverage provided by the various policies. The following questions were submitted:

1. Is there coverage under Wawanesa Automobile Policy No. 3556895 for the claims for damages made in these actions arising from the injuries sustained by the Plaintiffs in the accident that occurred on December 5, 1994?
2. Regardless of the answer to question 1, is there coverage under General Accident Comprehensive General Liability Policy No. C3336483 for the claims for damages made in these actions arising from the injuries sustained by the Plaintiffs in the accident that occurred on December 5, 1994?

automobile, les personnes transportées dans celle-ci et toute personne présente à l'incident ne sont pas tenus responsables, dans une instance introduite en Ontario, des pertes ou dommages résultant de lésions corporelles ou d'un décès qui découlent directement ou indirectement de l'usage ou de la conduite de l'automobile au Canada, aux États-Unis d'Amérique ou dans tout autre pays désigné à l'*Annexe sur les indemnités d'accident légales*.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de dégager quiconque de la responsabilité à l'égard des dommages-intérêts pour perte non pécuniaire, y compris ceux prévus à l'alinéa 61(2)(e) de la *Loi sur le droit de la famille*, si, par suite de l'usage ou de la conduite de l'automobile, la personne blessée est morte ou a subi, selon le cas :

- a) un préjudice esthétique grave;
- b) une déficience grave d'une fonction corporelle, mentale ou psychique importante.

. . .

(6) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de dégager de la responsabilité les personnes autres que le propriétaire de l'automobile, les personnes transportées dans celle-ci et les personnes présentes à l'incident.

II. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 37 M.V.R. (3d) 59*

Comme je l'ai mentionné précédemment, on a présenté à la Cour de l'Ontario (Division générale) une requête relativement à la garantie prévue par les différentes polices. Les questions suivantes ont été soumises à la cour :

[TRADUCTION]

1. La police d'assurance automobile n° 3556895 émise par la Wawanesa couvre-t-elle les dommages-intérêts réclamés dans les actions découlant des lésions subies par les demandeurs dans l'accident survenu le 5 décembre 1994?
2. Indépendamment de la réponse à la question 1, la police d'assurance responsabilité civile générale n° C3336483 émise par la General Accident couvre-t-elle les dommages-intérêts réclamés dans les actions découlant des lésions subies par les demandeurs dans l'accident survenu le 5 décembre 1994?

3. Regardless of the answers to questions 1 and 2, is there coverage under General Accident Umbrella Liability Policy No. C3336483 for the claims for damages made in these actions arising from the injuries sustained by the Plaintiffs in the accident that occurred on December 5, 1994, and if so, to what extent is there such coverage?
4. If the answer is “yes” to both questions 1 and 2, is one or the other of the two insurance policies referred to in those questions first loss or primary coverage, and how is coverage to be divided up as between those two insurance policies?

As a preliminary step to answering these questions, Stach J. considered the application of s. 267.1 of the *Insurance Act*. He concluded that while s. 267.1 protects the Contractor in its capacity as owner of the automobile from liability for pecuniary losses, the Contractor was not protected in its capacity as employer. Stach J. held (at para. 35):

... I hold that the statutory immunity granted to the contractor and its employee (Douglas Zub) in their capacity as owner and occupant respectively (or indeed in the case of Douglas Zub “as a person present at the incident”) does not erase either the wrongfulness of earlier acts at the original work site or the contractor’s vicarious liability for same. In the result the plaintiffs are not barred by s. 267.1 of the *Act* from pursuing their common law right of recovery against the contractor qua employer respecting the negligence of its crew at the original work site. Nor, for that matter, are the plaintiffs restricted from pursuing their common law right of recovery against the contractor qua employer for pecuniary loss. As noted by Logan J. [in *Tutton v. Pickering (Town)* (1996), 29 O.R. (3d) 539 (Gen. Div.)], the statutory immunity merely dictates the different forms of relief which may arise against the various defendants.

The finding that the Contractor was not protected from liability for pecuniary damages with respect to liability arising out of negligence at the work site (i.e. non-auto-related negligence) is unchallenged.

3. Indépendamment de la réponse aux questions 1 et 2, la police d’assurance responsabilité civile complémentaire n° C3336483 émise par la General Accident couvre-t-elle les dommages-intérêts réclamés dans les actions découlant des lésions subies par les demandeurs dans l’accident survenu le 5 décembre 1994, et, dans l’affirmative, quelle est l’étendue de la garantie?
4. Si la réponse aux questions 1 et 2 est affirmative, l’une ou l’autre des deux polices d’assurance mentionnées dans ces questions est-elle une assurance au premier risque ou une garantie de premier rang, et comment la garantie doit-elle être répartie entre ces deux polices?

Pour répondre à ces questions, le juge Stach a au préalable examiné l’application de l’art. 267.1 de la *Loi sur les assurances*. Il a conclu que, bien que cette disposition protège l’entrepreneur — en tant que propriétaire de l’automobile — contre la responsabilité pour pertes pécuniaires, elle ne lui offre aucune protection en tant qu’employeur. Le juge Stach a déclaré ceci (au par. 35) :

[TRADUCTION] ... je conclus que l’immunité que la loi confère à l’entrepreneur et à son employé (Douglas Zub) en leur qualité respective de propriétaire et de personne transportée dans l’automobile (ou de fait, dans le cas de Douglas Zub, de « personne présente à l’incident ») ne change rien au caractère fautif des actes commis antérieurement sur le chantier original ni à la responsabilité du fait d’autrui de l’entrepreneur à cet égard. Par conséquent, l’art. 267.1 de la *Loi* n’interdit pas aux demandeurs d’exercer le droit que leur reconnaît la common law de se faire indemniser par l’entrepreneur en sa qualité d’employeur pour la négligence de ses employés sur le chantier. D’ailleurs, les demandeurs ne sont pas empêchés d’exercer ce même droit contre l’entrepreneur, en sa qualité d’employeur, à l’égard de leurs pertes pécuniaires. Comme l’a souligné le juge Logan [dans *Tutton c. Pickering (Town)* (1996), 29 O.R. (3d) 539 (Div. gén.)], l’immunité prévue par la loi ne fait que préciser les diverses réparations susceptibles d’être demandées contre les différents défendeurs.

La conclusion que l’entrepreneur n’était pas protégé contre la responsabilité pour les pertes pécuniaires découlant de la négligence commise sur le chantier (c.-à-d. la négligence non liée à l’automobile) n’est pas contestée.

15

16

17 In response to the specific questions submitted to the court, Stach J. found that there was coverage under the automobile policy and answered yes to the first question. This finding is unchallenged.

18 Having found that the automobile policy covered certain claims for damages arising out of the accident, Stach J. considered whether the CGL policy also provided coverage. He noted that the CGL policy excluded coverage for bodily injury or property damage arising out of the ownership, use or operation of an automobile and for bodily injury or property damage with respect to which any motor vehicle policy is in effect. In light of these exclusions, he focussed on whether the claims for damages arising from the accident were excluded from the coverage of the CGL policy.

19 In determining whether the CGL exclusion clause applied, Stach J. had to decide whether the accident arose from concurrent causes. He concluded that it had, only one of which related to the operation of an automobile (at para. 50):

In my opinion, any non-auto-related negligence consists of Zub's failure to clean-up the site properly by failing to store the base plate. By comparison, any auto-related negligence consists of Zub's setting the vehicle in motion in those circumstances i.e. without having conducted even a cursory circle check of the unit.

20 As there were two possible causes of the accident, Stach J. concluded that both the automobile policy and the CGL policy provided coverage and answered yes to the second question (at para. 67):

In the CGL policy before me, I can find no ambiguity in the language which excludes coverage for bodily injury "arising out of the ownership, use or operation by or on behalf of any insured of any automobile". As in [*State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Partridge*, 10 Cal. 3d 94 (Cal. S.C. 1973)], however, the CGL policy before me gives absolutely no indication that coverage for a covered risk is to be withdrawn wherever an excluded risk

En réponse aux questions précises soumises à la cour, le juge Stach a estimé que la garantie prévue par la police d'assurance automobile s'appliquait et a répondu par l'affirmative à la première question. Cette conclusion n'est pas contestée.

Après avoir conclu que la police d'assurance automobile couvrait certaines réclamations pour dommages découlant de l'accident, le juge Stach s'est demandé si la garantie prévue par la police ARCE s'appliquait elle aussi. Il a souligné que la police ARCE excluait de la garantie les lésions corporelles et dommages matériels découlant de la propriété, de l'usage ou de la conduite d'une automobile ainsi que les lésions et dommages de telle nature visés par toute police d'assurance automobile en vigueur. Compte tenu de ces exclusions, il s'est attaché à la question de savoir si la garantie prévue par la police ARCE s'appliquait aux réclamations pour dommages découlant de l'accident.

Pour déterminer si la clause d'exclusion de la police ARCE s'appliquait, le juge Stach devait décider si l'accident découlait de causes concurrentes. Il a estimé que tel était le cas, mais qu'une seule de ces causes se rattachait à la conduite d'une automobile (au par. 50) :

[TRADUCTION] À mon avis, la négligence de Zub qui n'est pas liée à l'automobile est de ne pas avoir nettoyé les lieux adéquatement en ne rangeant pas le socle. En comparaison, la négligence de Zub qui est liée à l'automobile est le fait d'avoir pris la route dans ces circonstances, c.-à-d. sans avoir même inspecté sommairement le compresseur.

Comme deux causes pouvaient expliquer l'accident, le juge Stach a estimé que tant la garantie de la police d'assurance automobile que celle de la police ARCE s'appliquaient, et il a répondu oui à la deuxième question (au par. 67) :

[TRADUCTION] Je ne vois dans le texte de la police ARCE que j'ai sous les yeux aucune ambiguïté excluant la garantie dans le cas des lésions corporelles « découlant de la propriété, de l'usage ou de la conduite par l'assuré ou pour son compte de toute automobile ». Comme dans [*State Farm Mutual Automobile Insurance Co. c. Partridge*, 10 Cal. 3d 94 (C.S. Cal. 1973)], toutefois, la présente police ARCE n'indique aucunement que la garantie applicable à un risque couvert doit

constitutes an additional cause of the injury. Accordingly, I hold that, in purchasing both the automobile policy and the CGL policy, the contractor obtained coverage for liabilities arising from different sources. Under the CGL policy the insurer agreed to protect the contractor against liability arising generally from non-auto-related risks; under the automobile policy the insurer guaranteed indemnity arising from auto-related risks. On the premise that the injuries here and the contractor's liability result from both auto-related and non-auto-related causes, both the automobile policy and the CGL policy offer coverage and must respond.

Stach J. considered how the coverage would be divided between the CGL policy and the automobile policy. This division was in accordance with s. 267.1 of the *Insurance Act* and is unchallenged.

Finally, Stach J. answered the third question in the affirmative and concluded that there was coverage under the umbrella policy. This conclusion also is unchallenged.

B. *Court of Appeal for Ontario* (1999), 45 M.V.R. (3d) 6

In its endorsement dismissing the appeal, the Ontario Court of Appeal confirmed the conclusion that the CGL policy provided coverage as the loss was the result of two concurrent operating causes, one being the operation of the motor vehicle and the other being the negligent clean up at the work site. The court stated (at para. 12):

Cases in which there are two or more concurrent causes of a plaintiff's damages are more easily decided when multiple causation is brought about by several parties. If Roy's Electric had put the plate on the compressor frame and another entity had transported it, there would be much less room for arguing that the loss was not brought about by two separate causes, the first work-site related and the second automobile-use related. The fact that one person was both loader and driver in the instant cases, should not alter the coverage consequences.

être écartée chaque fois qu'un risque exclu constitue une cause supplémentaire du préjudice. J'estime donc qu'en souscrivant et à la police d'assurance automobile et à la police ARCE l'entrepreneur a obtenu une garantie contre la responsabilité découlant de différentes sources. Dans la police ARCE, l'assureur a accepté de protéger l'entrepreneur contre la responsabilité découlant généralement de risques non liés à l'automobile; dans la police d'assurance automobile, l'assureur lui a garanti une indemnité pour les risques liés à l'automobile. Si l'on pose en principe que le préjudice en l'espèce et la responsabilité de l'entrepreneur résultent de causes liées à l'automobile et de causes non liées à l'automobile, tant la police d'assurance automobile que la police ARCE garantissent le sinistre et doivent s'appliquer.

Le juge Stach s'est demandé comment répartir la responsabilité entre la police ARCE et la police d'assurance automobile. Cette répartition a été faite conformément à l'art. 267.1 de la *Loi sur les assurances* et elle n'est pas contestée.

Enfin, le juge Stach a répondu oui à la troisième question et a conclu que la garantie prévue par l'assurance complémentaire s'appliquait. Cette conclusion n'est pas contestée non plus.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1999), 45 M.V.R. (3d) 6

Dans son jugement manuscrit rejetant l'appel, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la conclusion que la garantie prévue par la police ARCE s'appliquait étant donné que la perte avait deux causes concourantes, l'une étant la conduite du véhicule automobile et l'autre le nettoyage négligent du chantier. La cour a dit ceci (au par. 12) :

[TRADUCTION] Il est plus facile de décider des affaires où le préjudice subi par le demandeur a deux causes concourantes ou plus lorsque ces différentes causes sont le fait de plusieurs parties. Si Roy's Electric avait déposé le socle sur le cadre de la remorque supportant le compresseur et qu'une autre entité l'avait transporté, il serait beaucoup moins aisé de prétendre que la perte n'a pas deux causes séparées, la première se rattachant au chantier et la deuxième à l'usage d'une automobile. Le fait qu'une seule et même personne ait chargé et conduit le véhicule dans la présente affaire ne saurait modifier les conséquences du point de vue de la garantie.

21

22

23

III. Analysis

24

The issues left to be decided were:

1. Did the loss arise out of one auto-related cause or two concurrent causes?
2. If the loss arose out of two concurrent causes, is coverage under the commercial general liability policy excluded by the automobile exclusion clause in that policy?

25

Both courts below held that the CGL policy provided coverage, notwithstanding the automobile exclusion clause. The appellants appealed on two bases. First, they argued that the accident resulted from a single auto-related cause, which falls within the CGL policy's automobile exclusion. In the alternative, it was submitted if there were two concurrent causes, the CGL policy does not afford coverage as one of the causes was auto-related and thereby excluded from coverage. For the reasons given below, I disagree.

A. *Issue 1: Did the Loss Arise Out of One Auto-Related Cause or Two Concurrent Causes?*

26

In order to bring the negligent cause of the accident within the automobile exclusion in the CGL policy, the appellants argued that (i) loading constitutes use or operation of an automobile, or in the alternative (ii) driving was the proximate cause of the accident.

(1) Does "Loading" Constitute Use or Operation of a Motor Vehicle?

27

The appellants argued that loading constitutes "use or operation" of an automobile and that negligent loading occurred in this case.

28

However, the motions judge found that "loading" as such of the base plate was never undertaken by

III. L'analyse

Il reste à trancher les questions suivantes :

1. La perte découlait-elle d'une seule cause, liée à l'automobile, ou de deux causes concourantes?
2. Si la perte découlait de deux causes concourantes, la clause d'exclusion relative aux automobiles de la police d'assurance responsabilité civile des entreprises a-t-elle pour effet d'écarter la garantie prévue par cette police?

Les deux juridictions inférieures ont estimé que la garantie prévue par la police ARCE s'appliquait malgré la clause d'exclusion relative aux automobiles. Les appelants se pourvoient sur deux fondements. Premièrement, ils prétendent que l'accident résulte d'une seule cause, qui est liée à l'automobile et visée par la clause d'exclusion relative aux automobiles de la police ARCE. Deuxièmement, ils soutiennent en outre que s'il y a eu deux causes concourantes, la garantie de la police ARCE ne s'applique pas puisque l'une des causes était liée à l'automobile et, de ce fait, exclue de la garantie. Pour les motifs que j'expose plus loin, je ne suis pas d'accord.

A. *Question 1 : La perte découlait-elle d'une seule cause, liée à l'automobile, ou de deux causes concourantes?*

Pour démontrer que la négligence ayant causé l'accident était visée par la clause d'exclusion liée à l'automobile de la police ARCE, les appelants ont plaidé que (i) le fait de charger le véhicule pouvait être assimilé à l'usage ou à la conduite de celui-ci, ou que, subsidiairement, (ii) la conduite était la cause immédiate de l'accident.

(1) Le « chargement » d'un véhicule automobile peut-il être assimilé à l'usage ou à la conduite de celui-ci?

Les appelants ont plaidé que oui et que, en l'espèce, il y avait eu chargement négligent.

Toutefois, le juge des requêtes a conclu que M. Zub n'avait jamais effectué comme tel le

Mr. Zub. He inferred from the agreed statement of fact that Mr. Zub had placed the base plate on the tongue of the compressor's frame as part of the clean-up process at the site and with no intention of leaving it there during transport, in effect he forgot to load it. What he did was, at most, a preliminary step prior to loading it on the automobile. The appellants submitted that the motions judge's inference be overruled and replaced with the inference that Mr. Zub had in fact engaged in loading the base plate onto the automobile.

The agreed statement of fact allowed the trial judge to draw all reasonable inferences. On this issue he drew an inference that Mr. Zub had not loaded the plate into the automobile. This is a reasonable inference supported by the facts and this Court should not interfere with it.

(2) Driving as a Proximate Cause

In the alternative, the appellants claimed that the single dominant cause of the loss was driving the vehicle with an insecure load. In support of this position, they relied on the fact that Mr. Zub, the driver of the vehicle, pleaded guilty to the provincial offence of "driving with an insecure load". Simply put, the basis of this argument is that but for the driving of the vehicle, the accident would not have occurred, therefore driving was the dominant cause.

However, it is equally true that the accident would not have happened had there been no negligence during the clean up of the work site. In these circumstances, Mr. Zub's driving with an insecure load was the result of the two independent and concurrent acts of negligence identified by the motions judge (at para. 50):

. . . any non-auto-related negligence consists of Zub's failure to clean-up the site properly by failing to store the base plate. By comparison, any auto-related negligence consists of Zub's setting the vehicle in motion in those circumstances i.e. without having conducted even a cursory circle check of the unit.

« chargement » du socle. Il a déduit de l'exposé conjoint des faits que M. Zub avait mis le socle sur le timon de la remorque supportant le compresseur dans le cours du nettoyage du chantier, qu'il n'entendait pas le laisser là pendant le transport et que, dans les faits, il avait oublié de le charger à bord du véhicule. Ce que M. Zub a fait constituait tout au plus une étape préliminaire au chargement du socle dans le véhicule. Les appelants ont plaidé que l'inférence du juge des requêtes devait être écartée et remplacée par la conclusion que M. Zub avait dans les faits effectué le chargement du socle sur le véhicule.

L'exposé conjoint des faits permettait au juge de première instance de tirer des conclusions raisonnables. Sur ce point, il a conclu que M. Zub n'avait pas chargé le socle à bord du véhicule. Il s'agit d'une conclusion raisonnable, qui est étayée par les faits et que notre Cour ne doit pas modifier.

(2) La conduite en tant que cause immédiate

Subsidiairement, les appelants ont prétendu que la seule cause dominante de la perte était la conduite du véhicule dont le chargement était mal fixé. À l'appui de cet argument, ils ont invoqué le fait que M. Zub, le conducteur du véhicule, a plaidé coupable à l'infraction provinciale de [TRADUCTION] « conduite avec un chargement mal fixé ». Bref, n'eût été le fait que le véhicule a été conduit, l'accident ne se serait pas produit et, par tant, la conduite en fut la cause dominante.

Cependant, il est tout aussi vrai que l'accident ne serait pas survenu s'il n'y avait pas eu négligence pendant le nettoyage du chantier. Dans ces circonstances, le fait que M. Zub ait conduit un véhicule dont le chargement était mal fixé découlait des deux actes de négligence distincts et concurrents qu'a relevés le juge des requêtes (au par. 50) :

[TRADUCTION] . . . la négligence de Zub qui n'est pas liée à l'automobile est de ne pas avoir nettoyé les lieux adéquatement en ne rangeant pas le socle. En comparaison, la négligence de Zub qui est liée à l'automobile est le fait d'avoir pris la route dans ces circonstances, c.-à-d. sans avoir même inspecté sommairement le compresseur.

29

30

31

32 In the further alternative, the appellants argued that Mr. Zub's act of driving the vehicle was an independent intervening proximate cause that interrupted the "chain of causation" and rendered the automobile exclusion applicable. They relied upon *Law, Union & Rock Insurance Co. v. Moore's Taxi Ltd.*, [1960] S.C.R. 80, and *Wu v. Malamas* (1985), 21 D.L.R. (4th) 468 (B.C.C.A.). In my view, neither of these decisions supports the appellants' position. Both of these cases were decided on the basis that there was only one act of negligence which caused the loss. In this appeal there were two acts creating two distinct duties, the duty to safely clean up the work site and the duty to ensure the automobile could be operated safely. These two separate acts of negligence, in combination, contributed to the accident.

33 In *The Law of Torts* (9th ed. 1998), Professor J. G. Fleming describes the modern approach to intervening causes, at p. 247:

Nowadays it is no longer open to serious question that the operation of an intervening force will not ordinarily clear a defendant from further responsibility, if it can fairly be considered a not abnormal incident of the risk created by him — if, as sometimes expressed, it is "part of the ordinary course of things".

34 The conclusion that the use of the motor vehicle did not relieve responsibility is consistent with this modern approach on intervening causes. If the Contractor failed in its duty to adequately clean up the work site, liability will follow for damages caused by this negligence. (See *Walker Estate v. York Finch General Hospital*, [2001] 1 S.C.R. 647, 2001 SCC 23.)

35 As noted by the Court of Appeal, if separate companies had been responsible for site clean up and transportation, it would be clear that the failure to properly clean the site up was a cause of the accident. The fact that the same party cleaned the site and drove the vehicle does not alter this conclusion.

Les appelants ont également prétendu que le fait que M. Zub ait conduit le véhicule constituait une cause immédiate nouvelle et indépendante, qui avait rompu le « lien de causalité » et rendu applicable l'exclusion relative aux automobiles. Ils se sont appuyés sur les arrêts *Law, Union & Rock Insurance Co. c. Moore's Taxi Ltd.*, [1960] R.C.S. 80, et *Wu c. Malamas* (1985), 21 D.L.R. (4th) 468 (C.A.C.-B.). J'estime que ni l'un ni l'autre de ces arrêts n'appuient la thèse des appelants. Ils ont été rendus sur le fondement qu'un seul acte négligent avait causé la perte. Dans le présent pourvoi, deux actes ont donné naissance à deux obligations distinctes, soit l'obligation de nettoyer le chantier pour qu'il soit sécuritaire et celle de veiller à ce que l'automobile puisse être conduite de façon sécuritaire. C'est la combinaison de ces deux actes négligents distincts qui a causé l'accident.

Dans *The Law of Torts* (9^e éd. 1998), p. 247, le professeur J. G. Fleming décrit ainsi la conception moderne des causes nouvelles :

[TRADUCTION] De nos jours, il n'y a plus de raison sérieuse de penser qu'un défendeur sera généralement déchargé de toute responsabilité additionnelle par l'intervention d'un fait nouveau, si ce fait peut raisonnablement être considéré comme une conséquence non anormale du risque créé par cette personne — si, comme on le dit parfois, ce fait « s'inscrit dans le cours normal des choses ».

La conclusion que l'usage du véhicule automobile n'a pas écarté la responsabilité est compatible avec cette conception moderne des causes nouvelles. Si l'entrepreneur n'a pas respecté son obligation de nettoyer adéquatement le chantier, il sera tenu responsable des dommages causés par sa négligence. (Voir *Walker, Succession c. York Finch General Hospital*, [2001] 1 R.C.S. 647, 2001 CSC 23.)

Comme l'a souligné la Cour d'appel, si des entreprises distinctes avaient été chargées du nettoyage du chantier et du transport, il serait clair que le fait de ne pas avoir nettoyé adéquatement le chantier a été une cause de l'accident. Le fait que la même partie ait nettoyé le chantier et conduit le véhicule ne modifie pas cette conclusion.

In any event, the utility of the “proximate cause” analysis with respect to insurance policies is questionable. In *C.C.R. Fishing Ltd. v. British Reserve Insurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 814, McLachlin J. (as she then was) stated (at p. 823):

The question of whether insurance applies to a loss should not depend on metaphysical debates as to which of various causes contributing to the accident was proximate. Apart from the apparent injustice of making indemnity dependent on such fine and contestable reasoning, such a test is calculated to produce disputed claims and litigation.

Although McLachlin J. was analysing insurance policies with respect to perils of the sea, her comments are equally applicable here. The courts below recognized that there were both auto-related and non-auto-related negligence. Furthermore, as the motions judge concluded, s. 267.1 of the *Insurance Act* recognizes that there may be concurrent causes. In such circumstances, it is undesirable to attempt to decide which of two concurrent causes was the “proximate” cause.

(3) Conclusion

The motions judge properly concluded that the accident was the result of two concurrent sources of causation. The cause of the accident was not solely the “use or operation” of the automobile. The work site negligence cannot be characterized as being part of the loading of the automobile. Nor was the use of the automobile the “proximate cause” of the accident. His conclusion in respect of causation is reasonable and supported by the law and by the agreed statement of fact, and should not be interfered with.

B. Issue 2: If the Loss Arose Out of Two Concurrent Causes, is Coverage Under the Commercial General Liability Policy Excluded by the Automobile Exclusion Clause in That Policy?

De toute manière, l'utilité de l'analyse fondée sur la « cause immédiate » en matière de polices d'assurance est discutable. Dans l'arrêt *C.C.R. Fishing Ltd. c. British Reserve Insurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 814, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a dit ceci, à la p. 823 :

La question de savoir si l'assurance s'applique à une perte ne devrait pas dépendre de débats métaphysiques visant à déterminer laquelle des diverses causes de l'accident était immédiate. Outre l'injustice apparente que constitue le fait qu'une indemnisation dépende d'un raisonnement aussi subtil et contestable, un tel critère est susceptible de donner lieu à des réclamations contestées et à des litiges.

Dans cette affaire, le juge McLachlin analysait des polices d'assurance relatives aux périls de la mer, mais ses observations sont également applicables en l'espèce. Les juridictions inférieures ont reconnu qu'il y avait eu à la fois négligence liée à l'automobile et négligence non liée à l'automobile. De plus, ainsi qu'a conclu le juge des requêtes, l'art. 267.1 de la *Loi sur les assurances* envisage qu'il puisse y avoir des causes concurrentes. Dans de telles circonstances, il n'est pas souhaitable de tenter de déterminer laquelle des deux causes concurrentes a été la cause « immédiate ».

(3) Conclusion

Le juge des requêtes a à juste titre estimé que l'accident avait deux causes concurrentes. La cause de l'accident n'était pas uniquement « l'usage ou la conduite » de l'automobile. La négligence survenue sur le chantier ne peut être considérée comme un aspect du chargement de l'automobile. L'usage de l'automobile n'a pas constitué non plus la « cause immédiate » de l'accident. La conclusion du juge des requêtes relativement à la causalité est raisonnable, elle est étayée par le droit et l'exposé conjoint des faits et il n'y a pas lieu de la modifier.

B. Question 2 : Si la perte découlait de deux causes concurrentes, la clause d'exclusion relative aux automobiles de la police d'assurance responsabilité civile des entreprises a-t-elle pour effet d'écarter la garantie prévue par cette police?

38 As there were two concurrent causes of the loss, the issue arises whether the general liability policy provided coverage notwithstanding that one of the causes (auto-related) was specifically excluded from the policy's coverage.

39 The appellants submitted that if a loss is caused by concurrent causes, one covered by the policy and the other excluded by an exclusion clause, and the excluded peril is essential to the chain of causation leading to the loss, there is no coverage. The appellants relied on *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Prudential Assurance Co.*, [1959] S.C.R. 539, in support of this principle. In that case, Ford suffered property loss and business interruption as a result of a combination of causes, two of which were excluded from insurance coverage. The Court held that there was no coverage in that case. This conclusion was based on the interpretation of the following exclusion clause (at p. 541):

6. . . . There shall in no event be any liability hereunder in respect to

- (c) Loss due to physical damage to the property insured caused by cessation of work or by interruption to process or business operations or by change in temperatures, whether liability in respect thereto is specifically assumed now or hereafter in relation to any other peril or not.

40 In my opinion, *Ford* does not provide a general principle of universal application as urged by the appellants. The exclusion clause in *Ford* expressly provided that all coverage would be excluded if liability were due to an excluded peril even if the loss was also due to another covered peril. *Ford* was decided on a careful analysis of the relevant facts and the wording of the exclusion clause at issue in that case. *Ford* says nothing more than that a properly framed exclusion clause can oust coverage. Whether a particular exclusion clause actually ousts coverage in a given case is a matter of interpretation.

Le fait que deux causes aient concouru à la perte soulève la question de savoir si la garantie de la police d'assurance responsabilité civile s'appliquait en dépit du fait qu'elle excluait expressément l'une des causes (celle liée à l'automobile).

Les appelants ont soutenu que si une perte résulte de causes concourantes, dont l'une est couverte par la police et l'autre est écartée par une clause d'exclusion, et que le péril exclu est essentiel à l'existence du lien de causalité menant à la perte, la garantie ne s'applique pas. À l'appui de cet argument, ils ont invoqué l'arrêt *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Prudential Assurance Co.*, [1959] R.C.S. 539. Dans cette affaire, la société Ford avait subi des pertes matérielles et une interruption de ses activités en raison d'une combinaison de causes, dont deux étaient exclues de la garantie d'assurance. Notre Cour a conclu à l'absence de garantie dans cette affaire. Cette conclusion se fondait sur l'interprétation de la clause d'exclusion suivante (à la p. 541) :

[TRADUCTION]

6. . . . La responsabilité de l'assureur n'est pas engagée, en vertu de la présente police, dans les cas où il y a :

- (c) Perte due à des dommages matériels causés aux biens assurés par un arrêt de travail, une interruption des activités ou un changement de température, que la responsabilité à cet égard soit expressément assumée maintenant ou ultérieurement relativement à un autre péril.

Contrairement à ce que prétendent les appelants, je suis d'avis que l'arrêt *Ford* n'énonce pas un principe général d'application universelle. La clause d'exclusion litigieuse dans l'arrêt *Ford* prévoyait expressément que toute garantie serait écartée si la responsabilité était imputable à un péril exclu, et ce même si la perte était également attribuable à un péril couvert. L'affaire *Ford* a été tranchée au terme d'une analyse minutieuse des faits pertinents et du libellé de la clause d'exclusion en jeu. L'arrêt *Ford* dit uniquement qu'une clause d'exclusion bien formulée peut écarter l'application de la garantie. La question de savoir si, dans un cas donné, une clause d'exclusion particulière écarte effectivement la garantie est affaire d'interprétation.

The appellants also relied on *Dominion Bridge Co. v. Toronto General Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 362. *Dominion Bridge* is distinguishable from the case in this appeal as it dealt with one set of circumstances (negligent design) which gave rise to multiple causes of action (tort and breach of contract). Conversely, this appeal deals with a series of events that are separate causes contributing to the same loss.

The proposition relied upon by the appellants finds some support in a number of appellate level decisions. (See *Charterhouse Properties Ltd. v. Laurentian Pacific Insurance Co.*, [1993] I.L.R. ¶1-2937 (B.C.C.A.); *Lizotte v. Traders General Insurance Co.*, [1986] I.L.R. ¶1-2076 (B.C.C.A.); *Clark's Chick Hatchery Ltd. v. Commonwealth Insurance Co.* (1982), 40 N.B.R. (2d) 87 (C.A.); and *Goodman v. Royal Insurance Co. of Canada*, [1997] 8 W.W.R. 69 (Man. C.A.), at pp. 78-79.) As I have earlier stated, the issue of exclusion is a matter of contractual interpretation. As such, each of these cases can be distinguished on its facts and are of no value to the appellants in this appeal.

To the extent the foregoing appellate cases were decided upon the general principle advocated by the appellants, the genesis for this principle is found in the Canadian case *Ford* and the English case *Wayne Tank and Pump Co. v. Employers' Liability Assurance Corp.*, [1973] 3 All E.R. 825 (C.A.). As already indicated, *Ford* does not stand for this general principle.

In *Wayne Tank* a fire was caused both by the dangerous goods used by the insured and the negligent acts of the insured's employee. The insurance covered liability as a result of accident but excluded coverage for liability resulting from the condition of the goods. At issue before the English Court of Appeal was whether the exclusion clause in the insurance policy applied in these circumstances. The court held that the exclusion clause applied.

Les appelants ont aussi invoqué l'arrêt *Dominion Bridge Co. c. Toronto General Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 362. On peut distinguer cette affaire de celle qui nous occupe puisque la première portait sur un ensemble de circonstances (la conception défectueuse) qui avaient fait naître plusieurs causes d'action (délit civil et inexécution de contrat). À l'inverse, le présent pourvoi concerne une série d'événements qui constituent des causes distinctes ayant concouru à la même perte.

Le principe invoqué par les appelants trouve un certain appui dans plusieurs décisions de juridictions d'appel. (Voir *Charterhouse Properties Ltd. c. Laurentian Pacific Insurance Co.*, [1993] I.L.R. ¶1-2937 (C.A.C.-B.); *Lizotte c. Traders General Insurance Co.*, [1986] I.L.R. ¶1-2076 (C.A.C.-B.); *Clark's Chick Hatchery Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.* (1982), 40 N.B.R. (2d) 87 (C.A.); et *Goodman c. Royal Insurance Co. of Canada*, [1997] 8 W.W.R. 69 (C.A. Man.), p. 78 et 79.) Comme je l'ai indiqué précédemment, la question de l'exclusion est une question d'interprétation des contrats. Par conséquent, ces diverses affaires peuvent toutes faire l'objet de distinctions fondées sur les faits qui leur sont propres et elles ne sont d'aucune utilité aux appelants en l'espèce.

Dans la mesure où les juridictions d'appel saisies des affaires susmentionnées les ont tranchées en appliquant le principe général invoqué par les appelants, signalons que ce principe tire ses origines de l'arrêt canadien *Ford* et de l'arrêt anglais *Wayne Tank and Pump Co. c. Employers' Liability Assurance Corp.*, [1973] 3 All E.R. 825 (C.A.). Comme il a été indiqué plus tôt, l'arrêt *Ford* n'énonce pas ce principe général.

Dans l'affaire *Wayne Tank*, un incendie avait été causé par les produits dangereux utilisés par l'assuré et par les actes négligents de l'employé de ce dernier. L'assurance couvrait la responsabilité résultant d'un accident mais excluait celle résultant de l'état des produits. Saisie de la question de savoir si la clause d'exclusion de la police d'assurance s'appliquait dans ces circonstances, la Cour d'appel anglaise a jugé que oui.

41

42

43

44

45

There were three sets of reasons. Lord Denning, M.R., and Roskill L.J., in separate reasons, supported the following analysis: if there are two causes of the loss, one of which is within the exclusion clause and one which is covered, the preferred analysis is to determine which cause is the effective or dominant cause. If the effective or dominant cause is within the exclusion, there will be no coverage. If there is not one dominant cause, but two equal causes, and if one of the causes is within the exception then the exclusion applies and coverage is denied. As both Lord Denning, M.R., and Roskill L.J. decided the case based on the dominant cause analysis, their comments regarding concurrent causes are clearly *obiter dicta*. However, Cairns L.J. decided the case based on the finding of concurrent causes and held that where there are two effective concurrent causes, if one is covered by the exclusion there is no coverage.

46

On review of the analysis in *Wayne Tank*, which had its roots in the field of maritime law, there is no compelling reason to favour exclusion of coverage where there are two concurrent causes, one of which is excluded from coverage. A presumption that coverage is excluded is inconsistent with the well-established principle in Canadian jurisprudence that exclusion clauses in insurance policies are to be interpreted narrowly and generally in favour of the insured in case of ambiguity in the wording (*contra proferentem*).

47

Separate from the shortcomings in the analysis in *Wayne Tank*, another compelling reason for rejecting the presumptive proposition advocated by the appellants is the fact that insurers have language available to them that would remove all ambiguity from the meaning of an exclusion clause in the event of concurrent causes. This can be accomplished by the insurer clearly specifying that if a loss is produced by an excluded peril, all coverage is ousted despite the fact that the loss may also have been caused by another, covered peril. Exam-

Dans cette affaire, les trois juges ont exposé des motifs. Dans des motifs distincts, le maître des rôles lord Denning et le lord juge Roskill ont souscrit à l'analyse suivante : Si la perte a deux causes, l'une étant visée par la clause d'exclusion et l'autre étant couverte par la police, il convient de déterminer laquelle est la cause effective ou dominante. Si la cause effective ou dominante est visée par l'exclusion, la garantie ne s'applique pas. S'il n'y a pas de cause dominante, mais plutôt deux causes d'effet équivalent, et que l'une d'elles est visée par l'exception, l'exclusion s'applique et la garantie est refusée. Puisque le maître des rôles lord Denning et le lord juge Roskill ont tous les deux tranché l'affaire en se fondant sur l'analyse de la cause dominante, leurs observations sur les causes concourantes sont clairement incidentes. Toutefois, le lord juge Cairns s'est prononcé sur l'affaire sur le fondement de la conclusion qu'il y avait des causes concourantes et il a jugé que, lorsqu'il existe deux causes concourantes effectives, la garantie ne s'applique pas si l'une d'elles est exclue.

L'examen de l'analyse effectuée dans *Wayne Tank*, qui tirait ses origines du domaine du droit maritime, ne fait ressortir aucune raison impérieuse de privilégier l'exclusion de la garantie lorsqu'il existe deux causes concourantes et que l'une d'elles n'est pas visée par la garantie. L'existence d'une présomption d'exclusion de la garantie est incompatible avec le principe bien établi dans la jurisprudence canadienne selon lequel les clauses d'exclusion des polices d'assurance doivent être interprétées de façon restrictive et généralement en faveur de l'assuré en cas d'ambiguïté du texte (la règle *contra proferentem*).

Outre les lacunes de l'analyse de l'arrêt *Wayne Tank*, un autre motif convaincant pour rejeter la présomption d'exclusion préconisée par les appellants est le fait que les assureurs peuvent formuler les clauses d'exclusion de manière à écarter toute ambiguïté lorsqu'il y a des causes concourantes. Ils peuvent y arriver en précisant clairement que si une perte est causée par un péril exclu, la garantie ne s'applique pas malgré le fait que la perte puisse également avoir été causée par un autre péril, qui serait couvert celui-là. Des exemples tirés de la jurispru-

ples from case law indicate that insurers have in fact successfully used enforceable exculpatory language. See *Ford, supra*, and *Pavlovic v. Economical Mutual Insurance Co.* (1994), 28 C.C.L.I. (2d) 314, at p. 320, *per* Finch J.A. of the British Columbia Court of Appeal:

Applied to the circumstances of this case, the meaning of exclusion [clause] (12) is, at best, ambiguous. It leaves open the question whether the loss is excluded where seepage or leakage is a “contributing cause”, as opposed to the only cause. Apt language to achieve the end argued for by the insurer is seen in the policies considered in some other cases. Similar exclusion clauses have used language such as “cause directly or indirectly”, or “caused by, resulting from, contributed to or aggravated by”. One exclusion clause read:

We do not insure for such loss regardless of the cause of the excluded event, other causes of the loss, or whether other causes acted concurrently or in any sequence with the excluded event to produce the loss . . .

These examples simply show that it was possible for the insurer to choose language which would not have left the meaning of the exclusion clause open to doubt.

For the foregoing reasons, I decline to adopt the presumption that where there are concurrent causes, all coverage is ousted if one of the concurrent causes is an excluded peril. If an insurer wishes to oust coverage in cases where covered perils operate concurrently with excluded perils, all it has to do is expressly state it in the insurance policy.

Whether an exclusion clause applies in a particular case of concurrent causes is a matter of interpretation. This interpretation must be in accordance with the general principles of interpretation of insurance policies. These principles include, but are not limited to:

- (1) the *contra proferentem* rule;
- (2) the principle that coverage provisions should be construed broadly and exclusion clauses narrowly; and

dence indiquent que des assureurs ont effectivement réussi à formuler des clauses exonératoires applicables. Voir *Ford*, précité, et *Pavlovic c. Economical Mutual Insurance Co.* (1994), 28 C.C.L.I. (2d) 314, p. 320, le juge Finch de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique :

[TRADUCTION] Si on applique [la clause] d’exclusion (12) aux faits de la présente affaire, son sens est, au mieux, ambigu. Cette clause ne répond pas à la question de savoir si la perte est exclue lorsque l’infiltration ou la fuite est une « cause concurrente » plutôt que la seule cause. Les polices examinées dans d’autres affaires utilisent des expressions adéquates, atteignant l’objectif recherché par l’assureur. Des clauses d’exclusion analogues utilisent des termes comme « cause directement ou indirectement » ou « causé par, résultant de, ayant contribué à ou été aggravé par ». Une de ces clauses était rédigée ainsi :

Nous ne garantissons pas une telle perte, sans égard à la cause du fait exclu, aux autres causes de la perte ou au fait que d’autres causes aient agi soit de façon concomitante au fait exclu soit dans un ordre quelconque avec lui pour entraîner la perte . . .

Ces exemples démontrent simplement qu’il était possible pour l’assureur de choisir des termes qui n’auraient pas laissé planer de doutes sur le sens de la clause d’exclusion.

Pour les motifs qui précèdent, je refuse d’adopter la présomption voulant que, en présence de causes concurrentes, toute garantie soit écartée si l’une de ces causes est un péril exclu. Si un assureur désire écarter la garantie dans les cas où des périls couverts concourent à la perte avec des périls exclus, il n’a qu’à le dire expressément dans la police d’assurance.

La question de savoir si une clause d’exclusion s’applique dans une situation où il y a des causes concurrentes est une question d’interprétation. Cette interprétation doit être conforme aux principes généraux d’interprétation des polices d’assurance. Parmi ces principes, mentionnons les suivants :

- (1) la règle *contra proferentem*;
- (2) le principe que les dispositions concernant la garantie doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d’exclusion une interprétation restrictive;

48

49

(3) the desirability, at least where the policy is ambiguous, of giving effect to the reasonable expectations of the parties.

(Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co., [1993] 1 S.C.R. 252, at p. 269)

(3) le fait qu'il est souhaitable, tout au moins dans les cas où la police est ambiguë, de donner effet aux attentes raisonnables des parties.

(Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co., [1993] 1 R.C.S. 252, p. 269)

50

With these principles in mind, the relevant exclusion clause in the CGL policy merits consideration. It provides:

This insurance does not apply to:

. . .

(e) (1) "Bodily injury" or "property damage" arising out of the ownership, use or operation by or on behalf of any Insured of:

(a) Any "automobile"; . . .

(2) "Bodily injury" or "property damage" with respect to which any motor vehicle liability policy is in effect or would be in effect but for its termination upon exhaustion of its limits or liability or is required by law to be in effect.

Obviously there are two distinct exclusion clauses relevant to this appeal. The first is clause (e)(1), which focusses on causation. The second is clause (e)(2), which focusses on the potential overlap of coverage by the CGL and automobile insurance policies.

(1) Exclusion Clause (e)(1)

51

In determining whether exclusion clause (e)(1) was triggered in this case, the Court should decide what is meant by the phrase "arising out of" the use or operation of a motor vehicle. The phrase "arises out of" was recently interpreted by this Court in the context of an enactment providing for statutory no-fault death and disability benefits in *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405. The decision gave a broad meaning to the phrase "arises out of" in the context of coverage.

En ayant ces principes à l'esprit, il convient d'examiner la clause d'exclusion pertinente de la police ARCE, qui prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Ne sont pas couverts par la présente assurance :

. . .

(e) (1) les « lésions corporelles » et les « dommages matériels » découlant de la propriété, de l'usage ou de la conduite par l'assuré ou pour son compte de :

(a) toute « automobile »; . . .

(2) les « lésions corporelles » et les « dommages matériels » visés par une police d'assurance responsabilité automobile qui est en vigueur — ou le serait si elle n'avait cessé de produire ses effets pour cause d'épuisement de sa limite de garantie —, ou qui est requise par la loi.

Deux clauses d'exclusion distinctes sont clairement pertinentes dans le présent pourvoi. La première est la clause (e)(1), qui concerne le lien de causalité. La deuxième est la clause (e)(2), qui s'attache au chevauchement possible de la garantie de la police ARCE et de celle prévue par la police d'assurance automobile.

(1) La clause d'exclusion (e)(1)

Pour déterminer si la clause d'exclusion (e)(1) s'applique en l'espèce, notre Cour doit dégager le sens des mots « découlant de » l'usage ou de la conduite d'un véhicule automobile. Notre Cour a récemment interprété l'expression « découle de » dans le contexte d'une loi prévoyant l'octroi d'indemnités de décès et d'invalidité sans égard à la responsabilité dans l'affaire *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405. Dans cet arrêt, on a donné un sens large au mots « découle de » en matière de garantie d'assurance.

It is clear however that *Amos* is distinguishable from the case at bar on the basis that the relevant provision in that case was a coverage clause, as opposed to an exclusion clause. It is well-established that, in the construction of insurance contracts, coverage provisions should be construed broadly and exclusion clauses narrowly. *Amos* is of no assistance in this appeal.

How then is the exclusion clause, and specifically the term “arising out of”, to be interpreted in this case? Does the term “arising out of” clearly indicate that in the event of concurrent causes, all coverage is ousted?

The motions judge held that there is nothing in the CGL policy to indicate that coverage for an insured risk would be rendered inoperative in the event that an expressly excluded risk constituted an additional cause of the injury. Like the Court of Appeal, I agree with this conclusion. In this regard, it can be said that the exclusion clause is ambiguous with respect to losses resulting from concurrent causes.

In the circumstances of this case, the loss arose partly from the use or operation of the automobile. Consequently, exclusion clause (e)(1) is triggered. However, the excluded use or operation of an automobile was not the only contributing cause. The failure to properly clean up the work site was a concurrent cause and a risk that was covered by the CGL policy. It follows that the exclusion clause is in play but only in respect to that portion of the loss that is attributable to the auto-related cause. This conclusion is consistent with the rule of construction that exclusion clauses are to be construed narrowly and the *contra proferentem* rule. It is also consistent with the earlier conclusion that if an insurer wishes to exclude coverage where the loss is concurrently caused by a covered peril and an excluded peril, the insurer must expressly state it.

The appellants argued that such an interpretation would require General Accident to cover a risk for which it did not collect a premium. That is not so.

Il est clair cependant que l'affaire *Amos* peut être distinguée de la présente affaire du fait que, dans la première, la disposition pertinente était une clause de garantie plutôt qu'une clause d'exclusion. Il est bien établi qu'en matière de contrats d'assurance les clauses de garantie doivent être interprétées largement et les clauses d'exclusion restrictivement. L'arrêt *Amos* n'est d'aucune utilité dans le présent pourvoi.

Comment alors doit-on, en l'espèce, interpréter la clause d'exclusion et plus particulièrement les mots « découlant de »? Ces mots indiquent-ils clairement que, en présence de causes concurrentes, la garantie ne s'applique pas?

Le juge des requêtes a conclu que rien dans la police ARCE n'indique que la garantie visant un risque assuré devient inapplicable dans les cas où un risque expressément exclu constitue une cause additionnelle du préjudice. À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'accord avec cette conclusion. À cet égard, il est possible d'affirmer que la clause d'exclusion est ambiguë relativement aux pertes résultant de causes concurrentes.

Dans les circonstances de la présente affaire, la perte découle en partie de l'usage ou de la conduite de l'automobile. La clause d'exclusion (e)(1) s'applique donc. Toutefois, l'usage ou la conduite d'une automobile — en l'occurrence une cause exclue — n'est pas la seule cause ayant concouru à la perte. L'omission de bien nettoyer le chantier est une cause concurrente et un risque couvert par la police ARCE. Il s'ensuit que la clause d'exclusion entre en jeu, mais seulement à l'égard de la partie de la perte qui est attribuable à la cause liée à l'automobile. Cette conclusion est compatible avec la règle d'interprétation selon laquelle les clauses d'exclusion doivent être interprétées restrictivement ainsi qu'avec la règle *contra proferentem*. Elle est également compatible avec la conclusion tirée plus tôt et voulant que, si l'assureur désire écarter la garantie lorsqu'un péril couvert et un péril exclu concourent à une perte, il doit le dire expressément.

Les appelants ont plaidé qu'une telle interprétation obligerait la General Accident à couvrir un risque pour lequel elle n'a pas perçu de prime. Ce

52

53

54

55

56

General Accident agreed to cover liability which arose from non-auto-related causes and accepted a premium for assuming this risk. The motions judge found, and I agree, that the negligent clean up of the work site was a non-auto-related cause of the injury. Absent express language to the contrary, the CGL policy should cover this risk, notwithstanding that a contributing cause (i.e. auto-related) was excluded from coverage. General Accident is being held liable only for that portion of the loss attributable to the insured risk — the insurer is not being held to provide coverage for a risk which it did not contemplate or for which no premium was received. To the contrary, if the insurer was not held liable on the wording of this clause, it would have collected a premium for a risk which it did not cover.

n'est pas le cas. La General Accident a accepté de garantir la responsabilité découlant de causes non liées à l'automobile et elle a accepté une prime pour assumer ce risque. Le juge des requêtes a conclu que le nettoyage négligent du chantier était une cause du préjudice non liée à l'automobile, et je partage cette conclusion. En l'absence de clause explicite à l'effet contraire, la police ARCE doit garantir ce risque, malgré le fait qu'une cause ayant concouru au préjudice (en l'occurrence la cause liée à l'automobile) soit exclue de la garantie. La General Accident est tenue responsable uniquement de la partie de la perte qui est attribuable au risque assuré — l'assureur n'est pas tenu de garantir un risque qu'il n'a pas envisagé et pour lequel il n'a reçu aucune prime. Au contraire, si l'assureur n'était pas tenu responsable au regard du libellé de la clause en question, il aurait perçu une prime pour un risque qu'il ne garantissait pas.

57

It is a principle of construction that where there are ambiguities, the reasonable expectations of the parties be given effect. This principle favours interpreting the term "arising out of the ownership, use or operation . . . of . . . [a]ny automobile" in the context of the CGL policy as applying only to that portion of the loss attributable to auto-related causes. The motions judge correctly held that while the Contractor in its capacity as owner of the automobile is immune from liability for pecuniary losses by virtue of s. 267.1 of the *Insurance Act*, the Contractor *qua* employer is not immune from liability for pecuniary losses to the extent that such losses are attributable to non-automobile-related negligence.

Il existe un principe d'interprétation selon lequel il faut, en cas d'ambiguïté, donner effet aux attentes raisonnables des parties. Ce principe milite en faveur de l'adoption de l'interprétation que, dans le contexte de la police ARCE, l'expression « découlant de la propriété, de l'usage ou de la conduite [. . .] de [. . .] toute automobile » ne s'applique qu'à la partie de la perte qui est attribuable à des causes liées à l'automobile. Le juge des requêtes a à juste titre estimé que bien que, en sa qualité de propriétaire de l'automobile, l'entrepreneur soit protégé contre la responsabilité pour pertes pécuniaires par l'effet de l'art. 267.1 de la *Loi sur les assurances*, il n'est pas, en sa qualité d'employeur, exonéré de responsabilité à l'égard de telles pertes, dans la mesure où elles sont attribuables à une négligence non liée à l'automobile.

58

If the term "arising out of the ownership, use or operation . . . of . . . [a]ny automobile" was interpreted to exclude all coverage under the CGL policy, a gap in the Contractor's insurance coverage would exist. In light of the circumstances in which the Contractor obtained insurance coverage in this case, it cannot be reasonably said that the Contractor expected there to be a gap in its coverage. Furthermore, General Accident agreed that the CGL policy was to be complementary with the

Si l'on considérait que l'expression « découlant de la propriété, de l'usage ou de la conduite [. . .] de [. . .] toute automobile » a pour effet d'écartier entièrement la garantie prévue par la police ARCE, il y aurait alors une lacune dans la garantie d'assurance de l'entrepreneur. À la lumière des circonstances dans lesquelles l'entrepreneur a obtenu une garantie d'assurance en l'espèce, on ne saurait raisonnablement affirmer que celui-ci s'attendait à ce qu'il y ait une lacune dans

automobile policy, which would not be so if the exclusion clause was interpreted as ousting all coverage under the CGL policy in the event of a concurrent auto-related cause of liability.

(2) Exclusion Clause (e)(2)

Having found that exclusion clause (e)(1) excludes only that portion of the loss attributable to the auto-related cause, we should consider whether clause (e)(2) excludes coverage for the portion of loss attributable to the non-auto-related cause. Clause (e)(2) excludes:

“Bodily injury” or “property damage” with respect to which any motor vehicle liability policy is in effect or would be in effect but for its termination upon exhaustion of its limits or liability or is required by law to be in effect.

It is a given that there is a motor vehicle policy “in effect”. This does not automatically mean that there is no coverage under the CGL policy. The extent to which the motor vehicle policy is “in effect” must be determined within the context of the *Insurance Act* and in accordance with the principle that exclusion clauses are to be given a narrow interpretation.

As found by the courts below, the *Insurance Act* allows plaintiffs to exercise an unfettered right to sue defendant owners, drivers and persons present at the scene of an accident for negligence other than that excluded by s. 267.1. Therefore, where both auto-related negligence and non-auto-related negligence of the same person contributed to the same bodily injury, there must be a percentage apportionment of fault to each type of negligence, just as there would be an apportionment if the injury were caused by two different people.

cette garantie. En outre, la General Accident a admis que la police ARCE devait compléter la police d'assurance automobile, ce qui ne serait pas le cas si on considérait que la clause d'exclusion a pour effet d'écarter entièrement l'application de la garantie prévue par la police ARCE lorsqu'il existe une cause concurrente de responsabilité liée à l'automobile.

(2) La clause d'exclusion (e)(2)

Ayant conclu que la clause d'exclusion (e)(1) écarte uniquement la partie de la perte qui est attribuable aux causes liées à l'automobile, nous devons nous demander si la clause (e)(2) exclut de la garantie la partie de la perte qui est attribuable aux causes non liées à l'automobile. La clause (e)(2) exclut les éléments suivants :

[TRADUCTION] les « lésions corporelles » et les « dommages matériels » visés par une police d'assurance responsabilité automobile qui est en vigueur — ou le serait si elle n'avait cessé de produire ses effets pour cause d'épuisement de sa limite de garantie —, ou qui est requise par la loi.

Il est admis qu'il existe une police d'assurance automobile « en vigueur ». Il ne s'ensuit pas automatiquement que la garantie de la police ARCE ne s'applique pas. La mesure dans laquelle la police d'assurance automobile est « en vigueur » doit être déterminée dans le contexte de la *Loi sur les assurances* et conformément au principe selon lequel les clauses d'exclusion doivent être interprétées de façon restrictive.

Comme ont conclu les jugements dont appel, la *Loi sur les assurances* ne restreint d'aucune façon, si ce n'est dans les cas exclus par l'art. 267.1, le droit d'un demandeur de poursuivre pour négligence les propriétaires, conducteurs et personnes se trouvant sur les lieux d'un accident. En conséquence, lorsque la négligence liée à l'automobile et la négligence non liée à l'automobile sont le fait d'une même personne et ont concouru aux mêmes lésions corporelles, il faut répartir proportionnellement la responsabilité entre chaque type de négligence, tout comme on le ferait si le préjudice avait été causé par deux personnes.

59

60

61

62 In these circumstances, the automobile policy cannot be said to be “in effect” with respect to pecuniary or non-pecuniary loss attributable to non-auto-related negligence. Thus, clause (e)(2) does not totally exclude coverage under the CGL policy. Rather, only that portion of the loss that is attributable to auto-related negligence is excluded by clause (e)(2).

(3) Conclusion

63 There are several reasons why the exclusion clauses should be interpreted narrowly in this case. It is consistent with the accepted principles of interpretation and a narrower interpretation is more consistent with the true intentions of the parties. As well, such an interpretation is consistent with and gives effect to s. 267.1 of the *Insurance Act*. For these reasons, I conclude that the CGL policy covers that portion of the loss attributable to non-auto-related negligence.

64 The motions judge outlined the manner in which the umbrella policy will cover excess loss in this case. This was not challenged and is left undisturbed.

IV. Disposition

65 At the conclusion of the hearing of this appeal, the Court dismissed the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Stieber Berlach Gibbs, Toronto.

Solicitors for the respondents Tyler Derksen et al.: Carrell & Partners, Thunder Bay.

Solicitors for the respondents 539938 Ontario Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub and Joyce Zub (with respect to Wawanesa Automobile Policy Number 3556895): Lerner & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondents 539938 Ontario Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub and

Dans ces circonstances, il est impossible d'affirmer que la police d'assurance automobile est « en vigueur » à l'égard des pertes pécuniaires ou non pécuniaires attribuables à la négligence non liée à l'automobile. Par conséquent, la clause (e)(2) n'écarte pas entièrement la garantie prévue par la police ARCE. Au contraire, seule la partie de la perte qui est attribuable à la négligence liée à l'automobile est exclue par la clause (e)(2).

(3) Conclusion

Il y a plusieurs raisons pour lesquelles les clauses d'exclusion doivent être interprétées restrictivement en l'espèce. Une telle interprétation est conforme aux principes d'interprétation reconnus et elle est davantage compatible avec l'intention véritable des parties. En outre, cette interprétation est compatible avec l'art. 267.1 de la *Loi sur les assurances* et elle donne effet à cette disposition. Pour ces motifs, je conclus que la police ARCE garantit la partie de la perte qui est attribuable à la négligence non liée à l'automobile.

Le juge des requêtes a précisé la manière dont l'assurance complémentaire garantit la perte excédentaire en l'espèce. Cette conclusion n'a pas été contestée et elle n'est pas modifiée.

IV. Le dispositif

Au terme de l'audience, notre Cour a rejeté le présent pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Stieber Berlach Gibbs, Toronto.

Procureurs des intimés Tyler Derksen et autres : Carrell & Partners, Thunder Bay.

Procureurs des intimés 539938 Ontario Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub et Joyce Zub (relativement à la police d'assurance automobile n° 3556895 émise par la Wawanesa) : Lerner & Associates, Toronto.

Procureur des intimés 539938 Ontario Limited, Roy's Electric, Roy Zub, Douglas Zub et Joyce Zub

*Joyce Zub (in their uninsured capacity): Lawrence
G. Phillips, Fort Frances.*

*(en qualité de non-assurés) : Lawrence G. Phillips,
Fort Frances.*

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



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2001 Vol. 3

3^e cahier, 2001 Vol. 3

Cited as [2001] 3 S.C.R. 425-622

Renvoi [2001] 3 R.C.S. 425-622

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
ANNE-MARIE NOËL
GINETTE MIGNEAULT
PAULINE MCTAVISH

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis 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

Canadian Pacific Ltd. v. Montreal Urban Community	426
Practice — Supreme Court of Canada — Motion to substitute or to add parties — Leave to appeal — Intervener in lower courts who had participated actively in debate requesting that she be substituted as a party to contest application for leave to appeal — Respondent on leave application not wanting to debate its merits — Intervener's participation in this Court justified and necessary to inform Court fully and to obtain her assessment of the matters in issue — Motion granted in part — Intervener authorized to file objection to application for leave as if she were a respondent in the application for leave.	
Cooper v. Hobart	537
Torts — Negligence — Duty of care — Statutory regulators — Registrar of mortgage brokers — Registered mortgage broker using funds for unauthorized purposes — Investors alleging that losses would have been avoided or diminished if Registrar had acted sooner to suspend broker's licence — Whether Registrar owed private law duty of care to members of investing public giving rise to liability in negligence for economic losses that investors sustained — Role of policy concerns in determining scope of liability for negligence.	
Edwards v. Law Society of Upper Canada	562
Torts — Negligence — Duty of care — Statutory regulators — Law Society — Misuse of solicitor's trust account — Funds in gold delivery fraud being paid into law firm's trust account — Law Society starting investigation after being informed by solicitor that his trust account was used in unorthodox manner — Whether Law Society owes duty of care to persons who deposit money into a solicitor's trust account in respect of losses resulting from misuse of account.	
R. v. 974649 Ontario Inc.	575
Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Provincial offences courts — Whether justice of the peace acting under provincial offences legislation has power to order costs against Crown for Charter breach — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. P.33.	
R. v. Jabarianha	430
Criminal law — Trial — Procedure — Cross-examination of witness — Right against self-incrimination — Witness testifying that he and another, and not the accused, committed offence — Crown cross-examining witness as to	

Continued on next page

SOMMAIRE

Canadien Pacifique Ltée c. Communauté urbaine de Montréal	426
Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en substitution ou en ajout de partie — Demande d'autorisation de pourvoi — Intervenante devant les tribunaux d'instance inférieure ayant participé activement au débat voulant être substituée à une partie pour contester la demande d'autorisation de pourvoi — Intimée à la demande d'autorisation n'ayant pas l'intention d'en contester le bien-fondé — Participation de l'intervenante devant la Cour justifiée et nécessaire pour éclairer complètement la Cour et pour obtenir son appréciation de l'importance des questions en litige — Requête accueillie en partie — Intervenante autorisée à déposer une contestation de la demande d'autorisation, comme si elle était intimée à la requête en autorisation.	
Cooper c. Hobart	537
Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Organismes de réglementation — Registrateur des courtiers en hypothèques — Courtier en hypothèques inscrit utilisant des fonds à des fins non autorisées — Investisseurs alléguant que les pertes subies auraient été évitées ou réduites si le registrateur avait agi plus tôt pour suspendre le permis du courtier — Le droit privé impose-t-il au registrateur une obligation de diligence à l'égard des investisseurs mettant en cause sa responsabilité pour négligence quant aux pertes financières qu'ils ont subies? — Rôle des considérations de politique dans la détermination de l'étendue de la responsabilité pour négligence.	
Edwards c. Barreau du Haut-Canada	562
Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Organismes de réglementation — Barreau — Malversations à l'égard du compte en fiducie d'un avocat — Fonds provenant d'une fraude en matière de livraison d'or versés dans le compte en fiducie d'un cabinet d'avocats — Enquête du Barreau à la suite d'une information de l'avocat selon laquelle son compte était utilisé de manière peu orthodoxe — Le Barreau a-t-il une obligation de diligence envers les personnes qui déposent des sommes d'argent dans le compte en fiducie d'un avocat et qui subissent des pertes résultant de malversations?	
R. c. 974649 Ontario Inc.	575
Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Tribunal des infractions provinciales — Le juge de paix agissant en vertu de la Loi sur les infractions provinciales a-t-il le pouvoir de condamner la Couronne aux dépens en cas de violation de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33.	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

his knowledge of constitutional protection against self-incrimination — Circumstances in which Crown may conduct such cross-examination — If trial judge erred in permitting cross-examination, whether curative proviso of Criminal Code should be applied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Mentuck.....442

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication bans — Criminal proceedings — Trial judge granting one-year ban as to identity of undercover police officers and refusing ban as to operational methods used in investigating accused — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to hear Crown appeal from trial judge's order — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

Criminal law — Publication bans — Appropriate scope of publication ban — Undercover police investigation — Crown seeking publication ban protecting identity of police officers and operational methods used in investigating accused — Trial judge granting one-year ban as to identity of officers and refusing ban as to operational methods — Whether trial judge erred in ordering ban.

R. v. Nette.....488

Criminal law — Second degree murder — Causation — Charge to jury — Appropriate standard of causation for second degree murder — How applicable standard should be explained to jury — Whether trial judge misdirected jury on standard of causation.

Criminal law — Murder — Causation — Whether same standard of causation applicable to all homicide offences — Whether "substantial cause" standard applies only to first degree murder under s. 231(5) of Criminal Code.

R. v. O.N.E.478

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication bans — Criminal proceedings — Trial judge granting publication ban on operational methods and identity of undercover police officers — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to hear third party newspaper's appeal from trial judge's order — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

Criminal law — Publication bans — Appropriate scope of publication ban — Undercover police investigation — Crown successfully seeking publication ban protecting identity of police officers and operational methods used in investigating accused — Whether trial judge erred in ordering ban.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Jabarianha430

Droit criminel — Procès — Procédure — Contre-interrogatoire d'un témoin — Protection contre l'auto-incrimination — Témoin disant que lui et un autre, et non l'accusé, ont commis l'infraction — Contre-interrogatoire du ministère public sur la connaissance du témoin de la protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination — Circonstances autorisant ce type de contre-interrogatoire par le ministère public — Si le juge a fait erreur en autorisant le contre-interrogatoire, faut-il appliquer la disposition réparatrice du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

R. c. Mentuck.....442

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Interdictions de publication — Procédures criminelles — Le juge du procès a accordé pour un an l'interdiction de publier l'identité des policiers banalisés et a refusé d'ordonner une interdiction quant aux méthodes utilisées dans le cadre de l'enquête visant l'accusé — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi interjeté par le ministère public contre l'ordonnance du juge du procès? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1), (3).

Droit criminel — Interdictions de publication — Portée qu'il convient de donner à l'interdiction de publication — Enquête policière secrète — Le ministère public a sollicité une interdiction de publication en vue de protéger l'identité des policiers et les méthodes employées dans le cadre de l'enquête visant l'accusé — Le juge du procès a accordé pour un an l'interdiction de publier l'identité des policiers et a refusé d'ordonner une interdiction quant aux méthodes utilisées — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ordonnant l'interdiction?

R. c. Nette.....488

Droit criminel — Meurtre au deuxième degré — Lien de causalité — Exposé au jury — Critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré — Façon d'expliquer ce critère au jury — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives erronées sur le critère de causalité applicable?

Droit criminel — Meurtre — Lien de causalité — Le critère de causalité applicable est-il le même pour toutes les infractions d'homicide? — Le critère de la « cause substantielle » s'applique-t-il seulement au meurtre au premier degré prévu à l'art. 231(5) du Code criminel?

R. c. O.N.E.478

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Interdictions de publication — Procédures criminelles — Le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Scott425
Criminal law — Robbery — Imitation firearm — Accused charged with using imitation firearm in commission of robbery — Meaning of term “imitation”.

SOMMAIRE (Fin)

juge du procès a accordé une interdiction de publication relativement aux méthodes d'enquête utilisées et à l'identité des policiers banalisés — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi d'un tiers, un journal, contre une ordonnance du juge du procès? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1), (3).

Droit criminel — Interdictions de publication — Portée qu'il convient de donner à l'interdiction de publication — Enquête policière secrète — Le ministère public a demandé avec succès une interdiction de publication visant à protéger l'identité des policiers ainsi que les méthodes utilisées dans l'enquête sur l'accusée — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ordonnant l'interdiction de publication?

R. c. Scott425

Droit criminel — Vol qualifié — Fausse arme à feu — Accusé inculpé d'usage d'une fausse arme à feu lors de la perpétration d'un vol qualifié — Interprétation du terme « fausse ».

Terrance Blake Scott *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. SCOTT****Neutral citation: 2001 SCC 73.**

File No.: 27781.

2001: November 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA*Criminal law — Robbery — Imitation firearm — Accused charged with using imitation firearm in commission of robbery — Meaning of term “imitation”.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 136 B.C.A.C. 161, 222 W.A.C. 161, 145 C.C.C. (3d) 52, 34 C.R. (5th) 322, [2000] B.C.J. No. 800 (QL), 2000 BCCA 220, setting aside the accused's acquittal on two counts of using an imitation firearm in the commission of a robbery. Appeal dismissed.

Peter Hertzberg, for the appellant.*Cal Deedman*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that the appeal should be dismissed substantially for the reasons of Chief Justice McEachern.

*Judgment accordingly.**Solicitors for the appellant: Stacey, Strain & Hertzberg, Nanaimo.**Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.***Terrance Blake Scott** *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. SCOTT****Référence neutre : 2001 CSC 73.**

N° du greffe : 27781.

2001 : 9 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE*Droit criminel — Vol qualifié — Fausse arme à feu — Accusé inculpé d'usage d'une fausse arme à feu lors de la perpétration d'un vol qualifié — Interprétation du terme « fausse ».*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 136 B.C.A.C. 161, 222 W.A.C. 161, 145 C.C.C. (3d) 52, 34 C.R. (5th) 322, [2000] B.C.J. No. 800 (QL), 2000 BCCA 220, annulant l'acquittement de l'accusé relativement à deux chefs d'usage d'une fausse arme à feu lors de la perpétration d'un vol qualifié. Pourvoi rejeté.

Peter Hertzberg, pour l'appellant.*Cal Deedman*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi essentiellement pour les motifs énoncés par le juge en chef McEachern.

*Jugement en conséquence.**Procureurs de l'appellant : Stacey, Strain & Hertzberg, Nanaimo.**Procureur de l'intimée : Le ministère du Procureur général, Vancouver.*

Canadian Pacific Limited, Canadian National Railway Company and Hydro-Québec *Applicants*

and

Town of Anjou, Town of Baie d'Urfé, Town of Dollard-des-Ormeaux, City of Dorval, Town of Kirkland, City of Lachine, City of LaSalle, Town of Montreal-East, City of Montreal-North, Town of Montreal-West, Town of Mount Royal, City of Outremont, City of Pierrefonds, City of Pointe-Claire, Town of Roxboro, Town of Sainte-Geneviève, City of Saint-Laurent, City of Saint-Léonard, City of Saint-Pierre, Town of Saint-Raphaël-de-l'Île-Bizard, City of Verdun and City of Westmount *Applicants*

and

City of Montréal *Applicant*

v.

Montreal Urban Community *Respondent*

and

Attorney General of Quebec *Mis en cause*

and

Françoise Nadon (*Intervener in Superior Court and Court of Appeal*)

INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC LTD. v. MONTREAL URBAN COMMUNITY

Neutral citation: 2001 SCC 74.

File No.: 28753.

2001: October 12.

Present: LeBel J.

MOTION FOR AN ORDER TO SUBSTITUTE OR TO ADD PARTIES

Canadien Pacifique Limitée, Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et Hydro-Québec *Demandereses*

et

Ville d'Anjou, Ville de Baie d'Urfé, Ville de Dollard-des-Ormeaux, Cité de Dorval, Ville de Kirkland, Ville de Lachine, Ville de LaSalle, Ville de Montréal-Est, Ville de Montréal-Nord, Ville de Montréal-Ouest, Ville de Mont-Royal, Ville d'Outremont, Ville de Pierrefonds, Ville de Pointe-Claire, Ville de Roxboro, Ville de Sainte-Geneviève, Ville de Saint-Laurent, Ville de Saint-Léonard, Ville de Saint-Pierre, Ville de Saint-Raphaël-de-l'Île-Bizard, Ville de Verdun et Ville de Westmount *Demandereses*

et

Ville de Montréal *Demanderesse*

c.

Communauté urbaine de Montréal *Intimée*

et

Procureur général du Québec *Mis en cause*

et

Françoise Nadon (*Intervenante en Cour supérieure et en Cour d'appel*)

RÉPERTORIÉ : CANADIEN PACIFIQUE LTÉE c. COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL

Référence neutre : 2001 CSC 74.

N° du greffe : 28753.

2001 : 12 octobre.

Présent : Le juge LeBel.

REQUÊTE EN SUBSTITUTION OU EN AJOUT DE PARTIE

Practice — Supreme Court of Canada — Motion to substitute or to add parties — Leave to appeal — Intervener in lower courts who had participated actively in debate requesting that she be substituted as a party to contest application for leave to appeal — Respondent on leave application not wanting to debate its merits — Intervener's participation in this Court justified and necessary to inform Court fully and to obtain her assessment of the matters in issue — Motion granted in part — Intervener authorized to file objection to application for leave as if she were a respondent in the application for leave.

MOTION for an order to substitute or add parties in connection with an application for leave to appeal. Motion granted in part.

Luc Alarie, for the applicant on the motion, *Françoise Nadon*.

Christopher Atchison, for the applicant Canadian National Railway Company.

Pierre Le Page, for the applicants Town of Anjou et al.

Paule Biron, for the applicant City of Montréal.

Pierre-Yves Boisvert, for the respondent.

The English version of the order was delivered by

LEBEL J. — *Françoise Nadon*, intervenor in the Superior Court, in her capacity as representative of a group that brought a class action against a number of municipalities and organizations on Montreal Island in order to obtain the eradication of ragweed and compensation for the damage its propagation causes, has filed what she calls a motion to substitute or to add parties. This motion is being filed in connection with an application for leave to appeal filed by Canadian Pacific Limited et al., from a decision of the Quebec Court of Appeal ([2001] R.J.Q. 1157) that affirmed a judgment of the Superior Court ([1998] R.J.Q. 3163). The Superior Court dismissed the action in nullity brought by

Pratique — Cour suprême du Canada — Requête en substitution ou en ajout de partie — Demande d'autorisation de pourvoi — Intervenante devant les tribunaux d'instance inférieure ayant participé activement au débat voulant être substituée à une partie pour contester la demande d'autorisation de pourvoi — Intimée à la demande d'autorisation n'ayant pas l'intention d'en contester le bien-fondé — Participation de l'intervenante devant la Cour justifiée et nécessaire pour éclairer complètement la Cour et pour obtenir son appréciation de l'importance des questions en litige — Requête accueillie en partie — Intervenante autorisée à déposer une contestation de la demande d'autorisation, comme si elle était intimée à la requête en autorisation.

REQUÊTE en substitution ou en ajout de partie relative à une demande en autorisation d'appel. Requête accueillie en partie.

Luc Alarie, pour la requérante, *Françoise Nadon*.

Christopher Atchison, pour la demanderesse Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

Pierre Le Page, pour les demanderesse Ville d'Anjou et autres.

Paule Biron, pour la demanderesse Ville de Montréal.

Pierre-Yves Boisvert, pour l'intimée.

L'ordonnance suivante a été rendue par

LE JUGE LEBEL — *Madame Françoise Nadon*, intervenante en Cour supérieure, à titre de représentante d'un groupe exerçant un recours collectif contre un certain nombre de municipalités et d'organismes dans l'île de Montréal afin d'obtenir l'éradication de l'herbe à poux et une indemnisation pour les dommages que cause sa propagation présente, ce qu'elle qualifie de requête en substitution ou ajout de partie. Cette demande est présentée dans le dossier d'une requête en autorisation déposée par *Canadien Pacifique Limitée* et autres, contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec ([2001] R.J.Q. 1157) qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure ([1998] R.J.Q. 3163). Celui-ci rejetait

the plaintiffs against municipal by-laws making the eradication of ragweed on Montreal Island mandatory.

l'action en nullité intentée par les demanderessees contre des règlements municipaux imposant l'élimination de l'herbe à poux dans l'île de Montréal.

2 The documentation filed in the application for leave to appeal shows that neither the municipalities nor the Attorney General of Quebec appear to want to contest the application for leave to appeal. In her motion, Mrs. Nadon argues that, at this stage, she is the only party with a real interest in the debate for purposes of the application for leave. In the Superior Court and in the Court of Appeal, she participated actively in the debate and contested the action in nullity against the by-laws. Moreover, the judgments rendered awarded her costs.

La documentation déposée dans le dossier d'autorisation de pourvoi indique que ni les municipalités ni le procureur général du Québec ne semblent vouloir contester la requête pour autorisation de pourvoi. La requête de M^{me} Nadon souligne qu'elle serait, à ce stade, la seule partie vraiment intéressée au débat pour les fins de la demande d'autorisation. En Cour supérieure et en Cour d'appel, elle a participé activement au débat et a contesté la demande de nullité des règlements. D'ailleurs, les jugements rendus lui ont accordé des dépens.

3 The other parties are contesting Mrs. Nadon's motion. They argue that she cannot be substituted for a party. They argue that, in any case, her motion is premature because she can always request that she be granted intervener status, if leave to appeal is granted.

Les autres parties contestent la requête de M^{me} Nadon. L'on soutient qu'elle ne peut se faire substituer à une partie. On plaide que, de toute façon, sa demande est prématurée parce qu'elle pourra toujours se faire reconnaître un statut d'intervenant, si l'autorisation de pourvoi est accordée.

4 There is merit to the objection to Mrs. Nadon's request that she be substituted as a party. A private party cannot be allowed to substitute itself for the municipal bodies that will make their own decisions regarding the conduct of this case. The latter must retain their full right to participate in the court proceedings, if they choose to exercise this right.

L'objection quant à la conclusion de substitution de partie est bien fondée. L'on ne saurait permettre à une partie privée, de se substituer aux organismes municipaux qui prendront leurs propres décisions sur la conduite de ce dossier. Ceux-ci doivent conserver leur droit entier de participer au débat judiciaire, si tant est qu'ils veulent l'exercer.

5 However, generally speaking, it is clear in this case that Mrs. Nadon is the party who presented the opposing position in the Court of Appeal and the Superior Court. She was granted intervener status. She participated aggressively in the debate in order to contest the plaintiffs' arguments in support of their action in nullity. Legally speaking, she was a full party to the proceedings in the Superior Court and on appeal. In the context of an application for leave to appeal, where none of the respondents appears to want to debate the merits of the application for leave to appeal, her participation is justified. Indeed, I consider it necessary, in the interests of justice, in order to inform the Court fully, in particular on the appropriateness of granting leave to appeal, and to obtain her assessment of the importance of the matters in issue. If leave to appeal is then granted, the question of Mrs. Nadon's status

En règle générale, dans ce dossier cependant, l'on constate que M^{me} Nadon est la partie qui a mené le débat contradictoire en Cour d'appel et en Cour supérieure. Elle s'était fait reconnaître le droit d'intervenir. Elle a participé énergiquement au débat afin de contester les prétentions des demanderessees en nullité. Juridiquement, elle était pleinement partie au litige en Cour supérieure et en appel. Dans le contexte d'une requête pour autorisation de pourvoi, où aucun des intimés ne semble vouloir débattre le bien-fondé de la requête en autorisation de pourvoi, sa participation est justifiée. Je l'estime même nécessaire, dans l'intérêt de la justice, pour éclairer complètement la Cour, notamment sur l'opportunité d'accorder l'autorisation de pourvoi et pour obtenir son appréciation de l'importance des questions en litige. Par la suite, si l'autorisation d'appel est accordée, la question du statut et de la

and participation in the appeal will be decided in accordance with the provisions of the Act and the rules of procedure of the Court, having regard also to the situation that might be created by the attitude of the other parties.

For these reasons, the motion is granted in part and the applicant Françoise Nadon is authorized to file an objection to the application for leave, as if she were a respondent in the application for leave, within 30 days following this judgment, the whole with costs in the cause.

Order accordingly.

Solicitors for Françoise Nadon, applicant on the motion: Alarie, Legault, Beauchemin, Paquin, Jobin & Philpot, Montréal.

Solicitors for the applicant Canadian National Railway Company: Heenan Blaikie, Montréal.

Solicitors for the applicants Town of Anjou et al.: Bélanger Sauvé, Montréal.

Solicitors for the applicant City of Montréal: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron, Mahoney, Montréal.

Solicitors for the respondent: Leduc, Bélanger, Boisvert, Laurendeau, Rivard, Montréal.

participation de M^{me} Nadon au pourvoi, sera réglée suivant les dispositions de la loi et des règles de procédure de la Cour, compte tenu également de la situation qui pourrait être créée par l'attitude des autres parties.

Pour ces motifs, la requête est accueillie en partie, et la requérante M^{me} Françoise Nadon est autorisée à déposer une contestation de la demande d'autorisation, comme si elle était intimée à la requête en autorisation, dans les 30 jours du présent jugement, le tout frais à suivre.

Ordonnance en conséquence.

Procureurs de la requérante Françoise Nadon : Alarie, Legault, Beauchemin, Paquin, Jobin & Philpot, Montréal.

Procureurs de la demanderesse Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada : Heenan Blaikie, Montréal.

Procureurs des demanderesses Ville d'Anjou et autres : Bélanger Sauvé, Montréal.

Procureurs de la demanderesse Ville de Montréal : Jalbert, Séguin, Verdon, Caron, Mahoney, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Leduc, Bélanger, Boisvert, Laurendeau, Rivard, Montréal.

Ashkan Jabarianha *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JABARIANHA

Neutral citation: 2001 SCC 75.

File No.: 27725.

2001: May 15; 2001: November 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial — Procedure — Cross-examination of witness — Right against self-incrimination — Witness testifying that he and another, and not the accused, committed offence — Crown cross-examining witness as to his knowledge of constitutional protection against self-incrimination — Circumstances in which Crown may conduct such cross-examination — If trial judge erred in permitting cross-examination, whether curative proviso of Criminal Code should be applied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The accused was charged with breaking, entering and possession of stolen property. At his trial, a witness called by the accused testified that he and another, not the accused, were responsible for the crime. The Crown cross-examined the witness as to his knowledge of s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This provision protects a witness who testifies in any proceeding from having incriminating evidence given by him or her used to incriminate that witness in any other proceeding, except in a prosecution for perjury or for giving contradictory evidence. The witness denied knowing he could not be prosecuted for the break and enter on the basis of his testimony. The trial judge did not find the witness's testimony as a whole to be credible and convicted the accused. The Court of Appeal upheld the conviction.

Held: The appeal should be dismissed.

Crown counsel should rarely be permitted to cross-examine on a witness's knowledge of s. 13 of the *Charter*. The probative value of a witness's knowledge of s.

Ashkan Jabarianha *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. JABARIANHA

Référence neutre : 2001 CSC 75.

N° du greffe : 27725.

2001 : 15 mai; 2001 : 15 novembre.

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

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

Droit criminel — Procès — Procédure — Contre-interrogatoire d'un témoin — Protection contre l'auto-incrimination — Témoin disant que lui et un autre, et non l'accusé, ont commis l'infraction — Contre-interrogatoire du ministère public sur la connaissance du témoin de la protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination — Circonstances autorisant ce type de contre-interrogatoire par le ministère public — Si le juge a fait erreur en autorisant le contre-interrogatoire, faut-il appliquer la disposition réparatrice du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

L'accusé a été inculqué d'introduction par effraction et de possession de biens volés. À son procès, l'accusé appelle un témoin qui déclare que lui et un autre, et non l'accusé, sont responsables du crime. Le ministère public contre-interroge le témoin sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui protège contre l'utilisation d'un témoignage incriminant que donne un témoin pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. Le témoin nie avoir su qu'il ne pourrait pas être poursuivi pour l'introduction par effraction sur la base de son témoignage. Le juge du procès estime que le témoignage du témoin dans son ensemble n'est pas crédible et déclare l'accusé coupable. La Cour d'appel confirme la déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le ministère public devrait rarement être autorisé à contre-interroger un témoin sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte*. La valeur probante de la connaissance

13 will generally be overborne by its prejudicial effect. Given that witnesses like other persons are presumed to know the law, an interrogation on this question is usually irrelevant while having the potential to cast doubt on the credibility and honesty of a witness. Moreover, the assumption that a witness who knows his or her self-incriminating testimony is protected by the *Charter* will be more likely to lie is in general wrong. A witness's knowledge of the law is not coextensive with a tendency to lie. However, cross-examination of a witness's knowledge of s. 13 may be permitted in the rare circumstances where the Crown has provided some evidence of a plot to lie or to obtain favours. In such circumstances, the probative value of a witness's knowledge of s. 13 could outweigh its prejudicial effect, tipping the scale in favour of the possibility that the witness's knowledge of s. 13 would affect the truthfulness of the testimony. That determination would generally lie in the discretion of the trial judge. Here, although permitting cross-examination on the witness's knowledge of s. 13 was an error of law, the trial judge's reliance on the witness's answer was minimal. This was a proper case to apply the *Criminal Code*'s curative proviso as no substantial wrong or miscarriage of justice occurred.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Swick* (1997), 35 O.R. (3d) 472; *R. v. Murray* (1973), 14 C.C.C. (2d) 467; *R. v. Deane*, [2001] 1 S.C.R. 279, 2001 SCC 5; *R. v. Simard*, [2000] 2 S.C.R. 911, 2000 SCC 61; *R. v. Lawes*, [1997] 3 S.C.R. 694.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5 [am. 1997, c. 18, s. 116].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 136, 348(1)(b), 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 131 B.C.A.C. 82, 214 W.A.C. 82, 140 C.C.C. (3d) 242, 70 C.R.R. (2d) 245, [1999] B.C.J. No. 2634 (QL), 1999 BCCA 690, dismissing an appeal from conviction. Appeal dismissed.

qu'a le témoin de l'art. 13 sera généralement surpassée par son effet préjudiciable. Étant donné qu'un témoin, comme toute autre personne, est censé ne pas ignorer la loi, une question sur ce point est habituellement sans pertinence tout en ayant le potentiel de jeter le doute sur sa crédibilité et sa sincérité. De plus, la présomption qu'un témoin sachant que son témoignage incriminant est protégé par la *Charte* sera davantage porté à mentir est, en général, mal fondée. L'étendue de la connaissance que le témoin a de la loi n'est pas nécessairement proportionnelle à sa tendance à mentir. Cependant, le contre-interrogatoire d'un témoin sur sa connaissance de l'art. 13 peut être permis dans les rares cas où le ministère public a présenté des preuves d'un complot en vue de mentir ou d'obtenir certains avantages. Dans ce cas, la valeur probante de la connaissance qu'a le témoin de l'art. 13 pourrait surpasser son effet préjudiciable, faisant pencher la balance du côté de la possibilité que cette connaissance ait une incidence sur la véracité de son témoignage. Cette appréciation relève généralement du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Même si c'était une erreur de droit de permettre le contre-interrogatoire sur l'art. 13, le juge ne s'est fondé que de façon minimale sur la réponse du témoin. Comme il ne s'est produit aucun tort important et aucune erreur judiciaire grave, il y a lieu d'appliquer en l'espèce la disposition réparatrice du *Code*.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Swick* (1997), 35 O.R. (3d) 472; *R. c. Murray* (1973), 14 C.C.C. (2d) 467; *R. c. Deane*, [2001] 1 R.C.S. 279, 2001 CSC 5; *R. c. Simard*, [2000] 2 R.C.S. 911, 2000 CSC 61; *R. c. Lawes*, [1997] 3 R.C.S. 694.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 13.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 136, 348(1)(b), 686(1)(b)(iii).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5 [mod. 1997, ch. 18, art. 116].

Doctrine citée

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1999), 131 B.C.A.C. 82, 214 W.A.C. 82, 140 C.C.C. (3d) 242, 70 C.R.R. (2d) 245, [1999] B.C.J. No. 2634 (QL), 1999 BCCA 690, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

Gil D. McKinnon, Q.C., for the appellant.

William F. Ehrcke, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

Gil D. McKinnon, c.r., pour l'appellant.

William F. Ehrcke, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 MAJOR J. — The accused Jabarianha was charged with breaking, entering and possession of stolen property. At his trial, the accused called a witness who testified that he and another, but not the accused, were responsible for the crimes. That witness's testimony was shielded by s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 13 of the *Charter* protects a witness who testifies in any proceeding from having incriminating evidence given by him or her used to incriminate that witness in any other proceeding, except in a prosecution for perjury or for giving contradictory evidence.

2 Section 13 of the *Charter* potentially permits a witness to claim responsibility for a crime to absolve an accused, content in the knowledge that that witness would be immune from use of that confession by the Crown to establish the guilt of the witness in a subsequent prosecution. At issue in this appeal are the circumstances under which Crown counsel should be permitted to cross-examine a witness's prior knowledge of the protection afforded by s. 13.

3 I. Facts

The accused had first met Richard Corkum, approximately two weeks before the break-in occurred. The accused testified that Corkum and his friend Stanley Gowan committed the break-in.

4 Two weeks after that meeting, Corkum telephoned the accused, ostensibly to ask him to join a car race, which he agreed to do, and subsequently the accused picked Corkum and Gowan up at Corkum's house.

5 After some late-night driving escapades, the accused testified that Corkum and Gowan asked to

LE JUGE MAJOR — L'accusé Jabarianha a été inculpé d'introduction par effraction et de possession de biens volés. À son procès, l'accusé a appelé un témoin qui a déclaré que lui et une autre personne, et non l'accusé, étaient responsables des crimes reprochés. La déposition de ce témoin était couverte par l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet article protège tout témoin contre l'utilisation d'un témoignage incriminant qu'il donne pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

L'article 13 de la *Charte* permet potentiellement à un témoin de se dire responsable d'un crime afin de disculper un accusé, avec la satisfaction de penser que le ministère public ne pourra utiliser cet aveu contre le témoin pour établir sa culpabilité dans une poursuite subséquente. Le pourvoi pose la question de savoir dans quelles circonstances le ministère public devrait être autorisé à contre-interroger le témoin au sujet de la connaissance préalable qu'il avait de la protection conférée par l'art. 13.

I. Les faits

L'accusé avait fait la connaissance de Richard Corkum environ deux semaines avant la date de l'introduction par effraction. Dans sa déposition, l'accusé a déclaré que Corkum et son ami Stanley Gowan avaient perpétré l'infraction.

Deux semaines après cette rencontre, Corkum a téléphoné à l'accusé sous le prétexte de lui demander de participer à une course automobile, et il a accepté; par la suite, l'accusé est allé chercher Corkum et Gowan chez Corkum.

Selon le témoignage de l'accusé, après quelques équipées nocturnes en voiture, Corkum et Gowan

be dropped off at a friend's house. The accused agreed, and further agreed to park and wait for five minutes.

The accused testified that he was surprised to see Corkum return to the car with a 200-pound toolbox, which Corkum put on the back seat. The toolbox was stolen from a garage attached to the house Corkum and Gowan had visited. The accused testified that he objected and prevented the pair from putting certain other objects in the trunk of the car.

Meanwhile, the victim of the theft was awakened by a commotion in the garage from which the tools were stolen. He called the police, who arrived quickly.

The accused saw car lights approaching his car. Thinking it was the police, the accused said he panicked. He sped away without turning on his headlights and hit a parked car. The accused was arrested and charged with breaking, entering and possession of stolen property. Of the three individuals allegedly involved in the thefts, the accused was the only person to be prosecuted.

At his trial, the accused called Corkum, who corroborated the accused's testimony that the accused was a dupe. Corkum testified: "I didn't let him know. I guess you could say I sort of used him to do it".

Crown counsel cross-examined Corkum's knowledge of s. 13 of the *Charter*. During the cross-examination, the following exchange that is at the nub of the present appeal took place:

Q So, defence counsel told you it would be better if you didn't talk to me?

A Yeah.

Q And you know that you can't be prosecuted for this break and enter as a result of evidence you give in court?

A I didn't know that.

lui ont demandé de les conduire chez un ami. L'accusé a accepté, et a accepté ensuite de se garer et d'attendre cinq minutes.

Dans son témoignage, l'accusé a déclaré avoir été surpris de voir Corkum revenir à l'automobile avec une boîte à outils de 200 livres, qu'il a déposée sur le siège arrière. La boîte à outils avait été volée dans le garage attenant à la maison où Corkum et Gowan s'étaient rendus. L'accusé a déclaré avoir protesté et avoir empêché les deux passagers de mettre certains autres objets dans le coffre de l'automobile.

Réveillée par le bruit dans le garage où les outils avaient été volés, la victime du vol a appelé la police, qui est arrivée rapidement sur les lieux.

L'accusé a vu des phares approcher. Il dit avoir paniqué, pensant qu'il s'agissait de la police. Il est parti en trombe sans allumer ses phares et a frappé une automobile stationnée. L'accusé a été arrêté et inculpé d'introduction par effraction et de possession de biens volés. Des trois personnes soupçonnées de participation au vol, seul l'accusé a fait l'objet de poursuites.

Cité comme témoin de la défense, Corkum a corroboré la déposition de l'accusé selon laquelle ce dernier avait été dupé et il a déclaré ceci : [TRADUCTION] « Je ne l'avais pas mis au courant. Vous pourriez dire que je me suis servi de lui ».

Le substitut du procureur général a contre-interrogé Corkum sur ce qu'il savait de l'art. 13 de la *Charte*. Le contre-interrogatoire a donné lieu à l'échange suivant, qui est au cœur du présent pourvoi :

[TRADUCTION]

Q. L'avocat de la défense vous a donc dit qu'il vaudrait mieux ne pas me parler?

R. Ouais.

Q. Et vous savez que vous ne pouvez pas être poursuivi pour l'introduction par effraction par suite de votre témoignage devant le tribunal?

A. Je ne savais pas.

6

7

8

9

10

II. Relevant Statutory Provisions

11 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence or for the giving of contradictory evidence.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court*

12 Koenigsberg J. found the accused guilty of breaking and entering, contrary to s. 348(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

13 In the course of her reasons, Koenigsberg J. referred to Corkum's knowledge of s. 13 of the *Charter*:

Mr. Corkum, for instance, was completely unbelievable when he denied knowing he could not be prosecuted for the break and enter on the basis of confessing to it in the courtroom under oath.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1999), 140 C.C.C. (3d) 242

14 At the British Columbia Court of Appeal, counsel for the accused argued that Corkum should not

II. Les textes législatifs

Charte canadienne des droits et libertés

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire.

III. Les décisions antérieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

La juge Koenigsberg déclare l'accusé coupable d'introduction par effraction selon l'al. 348(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Dans ses motifs, elle mentionne la connaissance qu'avait Corkum de l'art. 13 de la *Charte* :

[TRADUCTION] M. Corkum, par exemple, n'était absolument pas crédible lorsqu'il a nié savoir qu'il ne pourrait pas être poursuivi pour l'introduction par effraction parce qu'il en avait fait l'aveu sous serment devant le tribunal.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1999), 140 C.C.C. (3d) 242

Devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, l'avocat de l'accusé fait valoir que Corkum

have been asked about his knowledge of s. 13 of the *Charter* and that the trial judge should not have used Corkum's answer to the question to assess his credibility.

Finch J.A., for the court, dismissed the appeal. He held that where a witness might know of the protection afforded by s. 13 of the *Charter*, there would be a "nexus or logical connection between the state of his knowledge and his credibility" (para. 24). He thought that if the witness knew that his or her testimony would be protected by s. 13 of the *Charter*, such knowledge would tend to undermine the witness's testimony. Similarly, Finch J.A. held if a witness was unaware of the protection afforded by s. 13 while testifying to a crime, the witness's evidence would be "entitled to greater weight than evidence not against penal interest" (para. 25). He said the prejudicial effect of the witness's response to the question would not outweigh its probative value.

IV. Issues

Under what circumstances can the Crown cross-examine a witness's knowledge of s. 13 of the *Charter*? A subsidiary issue is the applicability of s. 686(1)(b)(iii), the *Code*'s curative proviso.

V. Analysis

(1) *Circumstances Under Which Crown Counsel may Cross-Examine a Witness's Knowledge of s. 13 of the Charter*

To be admissible, evidence must be relevant and not subject to an exclusionary rule of law or policy (J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 23). Even where evidence is otherwise logically relevant, it may be excluded "if its probative value is overborne by its prejudicial effect, if it involves an inordinate amount of time which is not commensurate with its value or if it is misleading in the sense that its effect on the trier of fact, particularly a jury, is out of proportion to

n'aurait pas dû être interrogé sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte* et que la juge du procès n'aurait pas dû se servir de la réponse de Corkum à la question pour apprécier sa crédibilité.

Le juge Finch, au nom de la cour, rejette l'appel. Il conclut que lorsqu'un témoin est susceptible de connaître la protection conférée par l'art. 13 de la *Charte*, il peut y avoir [TRADUCTION] « un lien ou une relation logique entre son niveau de connaissance et sa crédibilité » (par. 24). Il pense que, si le témoin sait que son témoignage sera protégé par l'art. 13 de la *Charte*, cette connaissance tend à affaiblir sa déposition. De la même façon, le juge Finch conclut que si un témoin n'est pas au courant de la protection donnée par l'art. 13 quand il témoigne sur un crime, son témoignage peut avoir [TRADUCTION] « plus de poids qu'un témoignage n'engageant pas sa responsabilité pénale » (par. 25). Il dit que l'effet préjudiciable de la réponse du témoin à la question ne surpasse pas sa valeur probante.

IV. Les questions en litige

Dans quelles circonstances le ministère public peut-il contre-interroger un témoin sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte*? Un point subsidiaire est l'applicabilité du sous-al. 686(1)(b)(iii), la disposition réparatrice du *Code*.

V. Analyse

(1) *Les circonstances dans lesquelles le ministère public peut contre-interroger un témoin sur sa connaissance de l'art. 13 de la Charte*

Pour être admissible, la preuve doit être pertinente et ne pas être sujette à une règle de droit ou un principe exigeant son exclusion (J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 23). Même si la preuve est par ailleurs logiquement pertinente, elle peut être écartée « si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits,

15

16

17

its reliability” (*R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 21).

18 It is my opinion that the probative value of a witness’s knowledge of s. 13 of the *Charter* will generally be overborne by its prejudicial effect. Given that witnesses like other persons are presumed to know the law, an interrogation on this question is usually irrelevant while having the potential to cast doubt on the credibility and honesty of a witness. It follows that Crown counsel should rarely be permitted to cross-examine on a witness’s knowledge of s. 13.

19 To appreciate the prejudicial effect of a witness’s knowledge of s. 13, it is important to consider the limited protection afforded by the section. Section 13 of the *Charter* merely prohibits a witness’s incriminating evidence from being used to incriminate against that witness in other proceedings. Section 13 does not constitute any guarantee that a witness will be free of prosecution for the crime to which the witness confessed. The Crown can rely on other evidence to prosecute that witness.

20 As well, s. 13 does not prohibit the witness’s testimony from being introduced in subsequent proceedings in which he or she would be either a witness or the accused. While the self-incriminatory testimony cannot be used to establish guilt, the testimony can be used in subsequent proceedings to test the witness’s credibility including that of the accused should he or she testify (*R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, *per* Lamer C.J.).

21 Finch J.A. concluded that if the witness knew of the protection afforded by s. 13, such knowledge would undermine the witness’s testimony; however, in order to reach this conclusion, the trier of fact must be aware of the extent to which the witness thought he was protected. If the witness believed he had absolute immunity with no possibility of any negative consequences of his false testimony, such immunity might undermine the evidence. On the other hand, if the witness believed the protection to be slight, or if the witness was unaware of any

en particulier le jury, est disproportionné par rapport à sa fiabilité » (*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 21).

À mon avis, la valeur probante de la connaissance qu’a le témoin de l’art. 13 de la *Charte* sera généralement surpassée par son effet préjudiciable. Étant donné qu’un témoin, comme toute autre personne, est censé ne pas ignorer la loi, une question sur ce point est habituellement sans pertinence tout en ayant le potentiel de jeter le doute sur sa crédibilité et sa sincérité. Il s’ensuit que le ministère public devrait rarement être autorisé à contre-interroger un témoin sur sa connaissance de l’art. 13.

Pour apprécier l’effet préjudiciable de la connaissance du témoin de l’art. 13, il est important de prendre en considération les limites de la protection donnée par cette disposition. L’article 13 de la *Charte* interdit simplement l’utilisation d’un témoignage incriminant d’un témoin pour incriminer ce témoin dans d’autres procédures. L’article 13 ne confère pas la garantie qu’un témoin sera à l’abri de toute poursuite pour le crime qu’il a avoué. Le ministère public peut se fonder sur d’autres preuves pour poursuivre ce témoin.

L’article 13 n’interdit pas non plus la production du témoignage d’un témoin dans des procédures subséquentes où il pourrait comparaître comme témoin ou comme accusé. Même si le témoignage incriminant antérieur ne peut être utilisé pour établir la culpabilité du témoin s’il est accusé, le témoignage incriminant peut, dans des procédures subséquentes, servir à apprécier sa crédibilité, y compris s’il témoigne comme accusé (*R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, le juge en chef Lamer).

Le juge Finch conclut que si le témoin avait connaissance de la protection garantie par l’art. 13, cette connaissance affaiblissait sa déposition; toutefois, pour parvenir à cette conclusion, le juge des faits doit savoir dans quelle mesure le témoin se croyait protégé. Si le témoin croyait jouir d’une immunité absolue excluant l’éventualité de conséquences négatives de son faux témoignage, cela pourrait affaiblir son témoignage. En revanche, si le témoin croyait que la protection était faible ou s’il n’était au courant d’aucune protection, son

protection, the evidence might, as Finch J.A. stated at para. 25, be “entitled to greater weight than evidence not against penal interest”. Without specific information as to the state of the witness’s knowledge, a bald question to the witness about his or her awareness of the protection of s. 13 would likely be more prejudicial than probative.

Given that the protection of s. 13 is limited, and the witness’s knowledge of the protection may be incorrect, the jury might wonder, and perhaps need instruction, about the inferences it should draw from a witness’s potentially imperfect knowledge of s. 13 of the *Charter*, as well as the extent to which a witness felt immune from prosecution. Such a process could shift the jury’s focus from the accused’s innocence or guilt to the witness’s understanding of the consequences of testifying under the limited protection of the *Charter*. There is also a real risk that a jury would give improper emphasis to the application of the limited protection of s. 13 of the *Charter*: see *R. v. Swick* (1997), 35 O.R. (3d) 472 (C.A.), per Rosenberg J.A., at p. 478. These types of questions before a judge and jury have serious potential to be prejudicial. These types of questions before a judge sitting alone, as was the case here, are less likely to be as harmful, but in either case should be avoided.

In addition, probing the witness on cross-examination as to his or her knowledge of the protection of s. 13 may encroach on privileged information. The potential prejudicial effect of such a cross-examination was identified in *Swick*, *supra*, at p. 478:

To fully and fairly canvass [a witness’s knowledge of s. 13 of the *Charter*] it probably would have been necessary to inquire into solicitor-and-client discussions between [the accused] and his counsel and [the witness] and his counsel.

Rosenberg J.A. concluded:

This would be highly prejudicial to the trial process and the administration of criminal justice.

témoignage pourrait avoir, comme le dit le juge Finch, « plus de poids qu’un témoignage n’engageant pas sa responsabilité pénale » (par. 25). Sans information précise sur le niveau de connaissance du témoin, une simple question posée au témoin au sujet de sa connaissance de la protection offerte par l’art. 13 risquerait d’être plus préjudiciable que probante.

Puisque la protection de l’art. 13 est limitée et qu’il est possible que le témoin en ait une connaissance erronée, le jury pourrait s’interroger, et pourrait avoir besoin de directives, sur ce qu’il devrait inférer de la connaissance peut-être imparfaite que le témoin avait de l’art. 13 de la *Charte*, et sur l’étendue de la protection que le témoin croyait avoir. Un tel processus pourrait distraire l’attention du jury de la question de l’innocence ou de la culpabilité de l’accusé pour la faire porter sur la connaissance qu’avait le témoin des conséquences de sa déposition dans le cadre de la protection limitée de la *Charte*. Il y a aussi un risque réel que le jury accorde trop d’importance à la protection limitée de l’art. 13 de la *Charte* : voir *R. v. Swick* (1997), 35 O.R. (3d) 472 (C.A.), le juge Rosenberg, p. 478. Les questions de ce type à un procès devant juge et jury risquent fortement d’être préjudiciables. Les questions de ce type dans un procès sans jury, comme en l’espèce, posent probablement un risque moindre, mais elles devraient être évitées dans les deux cas.

De plus, contre-interroger le témoin sur sa connaissance de la protection de l’art. 13 peut porter atteinte à la confidentialité de renseignements. L’effet préjudiciable possible d’un tel contre-interrogatoire est identifié dans *Swick*, précité, p. 478 :

[TRADUCTION] Un examen complet et équitable [de la connaissance qu’a un témoin de l’art. 13 de la *Charte*], exigerait probablement d’interroger sur les communications professionnelles entre [l’accusé] et son avocat et entre [le témoin] et son avocat.

Le juge Rosenberg conclut :

[TRADUCTION] Cela serait très préjudiciable pour le processus judiciaire et l’administration de la justice pénale.

22

23

If a witness claimed solicitor-client privilege as a result of an inquiry into the witness's knowledge of s. 13 of the *Charter*, the trial judge would be left with the vexing question of what implications the jury might draw from the witness's unexplored potential knowledge.

Si le témoin invoquait le privilège des communications entre avocat et client par suite d'un interrogatoire sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte*, le juge du procès serait laissé aux prises avec l'épineuse question des inférences que le jury pourrait tirer de la connaissance potentielle mais inexplorée du témoin.

24 It is important to remember that if a witness's confession is truthful, he or she will not be absolved from blame but still faces the prospect of being charged; if his or her confession is untruthful, the witness creates the risk of further inquiry and prosecution.

Il importe de se rappeler que si l'aveu d'un témoin est véridique, ce témoin n'est pas exonéré de toute faute et demeure susceptible d'être accusé; si l'aveu est mensonger, le témoin court le risque d'enquêtes et de poursuites supplémentaires.

25 In the circumstances of the present appeal, other penal consequences faced the confessing witness, Corkum. After Jabarianha's trial, Crown counsel could have brought charges against Corkum. It could have called Jabarianha to testify that Corkum was responsible for the offences. Had he been unwilling to testify, Jabarianha could have been declared a hostile witness and cross-examined. If Jabarianha's evidence were untruthful, he, too, would face the risk of perjury, of contempt of court or of giving contradictory evidence contrary to s. 136 of the *Code*. Yet another possibility is that in the prosecution of Corkum, the Crown's case might be so strong that Corkum would feel it was necessary to give evidence in which case he could be cross-examined on his testimony and disbelieved; he was only a liar, not a thief. On the other hand if his evidence were accepted, Corkum, as stated, could face a charge of perjury or a charge of giving contradictory evidence under s. 136 of the *Code*.

Dans les circonstances de la présente espèce, d'autres conséquences pénales pesaient sur Corkum, le témoin qui a fait l'aveu. Après le procès de Jabarianha, le ministère public aurait pu porter des accusations contre Corkum. Il aurait pu appeler Jabarianha à témoigner que Corkum était responsable des crimes. S'il refusait de témoigner, Jabarianha pouvait alors être déclaré témoin hostile et contre-interrogé. S'il faisait un faux témoignage, Jabarianha risquait lui aussi d'être accusé de parjure, d'outrage au tribunal ou d'avoir donné des témoignages contradictoires en violation de l'art. 136 du *Code*. Une autre possibilité est que, dans des poursuites contre Corkum, la preuve du ministère public aurait été tellement solide que Corkum aurait estimé nécessaire de témoigner, s'exposant ainsi à être contre-interrogé sur son témoignage et à ne pas être cru; il n'était qu'un menteur, pas un voleur. En revanche, si son témoignage était accepté, Corkum risquait, comme on l'a vu, d'être inculpé en vertu de l'art. 136 du *Code* pour parjure ou témoignages contradictoires.

26 Generally, the only reason a witness's knowledge of s. 13 of the *Charter* is potentially relevant is the assumption that a witness who knows his or her self-incriminating testimony is protected by the *Charter* will be more likely to lie. Generally, this assumption is wrong. A witness's knowledge of the law is not co-extensive with a tendency to lie. In *R. v. Murray* (1973), 14 C.C.C. (2d) 467 (Ont. C.A.), Dubin J.A. (as he then was, dissenting on other grounds) made that observation in the context

En général, la seule raison pour laquelle la connaissance qu'a un témoin de l'art. 13 de la *Charte* peut être pertinente est la présomption qu'un témoin sachant que son témoignage incriminant est protégé par la *Charte* sera davantage porté à mentir. En général, cette présomption est mal fondée. L'étendue de la connaissance que le témoin a de la loi n'est pas nécessairement proportionnelle à sa tendance à mentir. Dans *R. c. Murray* (1973), 14 C.C.C. (2d) 467 (C.A. Ont.), le juge Dubin ((plus

of the protection afforded by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* which offers “virtually identical” protection to s. 13 of the *Charter* (*Kuldip, supra*, at p. 642). He said (at p. 470):

With respect to the evidence of Martin, [the trial judge] observed that Martin testified only after having taken the protection of the *Canada Evidence Act*. I infer from that that the learned trial Judge concluded that in doing so the credibility of Martin was thereby impaired. Approaching it in that way, in my opinion, he erred. Martin had a statutory right to give evidence in the manner that he did, and that fact standing by itself should not have affected his credibility.

Without other evidence of a motive for testifying falsely, evidence of a witness’s knowledge of s. 13 of the *Charter* should not affect his or her credibility. Thus, such evidence, standing alone, has little or no probative value. See *Swick, supra*, at p. 477. In this regard, I respectfully disagree with the finding of Finch J.A. in the Court of Appeal that without information as to the witness’s knowledge of s. 13, the trier of fact could form an unrealistic view of the worth of the evidence. On the contrary, for the reasons discussed above, evidence as to a witness’s knowledge of s. 13 is more apt to cloud the assessment of the evidence than to clarify it.

In rare circumstances, cross-examination of a witness’s knowledge of s. 13 of the *Charter* may be permitted. If the Crown provided some evidence of a plot to lie or to obtain favours, the probative value of a witness’s knowledge of s. 13 of the *Charter* could outweigh its prejudicial effect whereas evidence of mere friendship between the accused and witness will not (see *Swick, supra*, at p. 477). With evidence of a plot to lie or to obtain some benefit, the scale might tip in favour of the possibility that the witness’s knowledge of s. 13 of the *Charter* would affect the truthfulness of that testimony. That determination would generally lie in the discretion of the trial judge.

tard juge en chef de l’Ontario) dissident sur d’autres points) fait l’observation suivante dans le contexte de la protection offerte par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui confère « pratiquement la même » protection que l’art. 13 de la *Charte* (*Kuldip*, précité, p. 642). Il dit (à la p. 470) :

[TRADUCTION] En ce qui concerne la déposition de Martin, [le juge du procès] a observé que Martin n’avait témoigné qu’après avoir invoqué la protection de la *Loi sur la preuve au Canada*. J’en déduis que le juge du procès en a conclu que la crédibilité de Martin était affaiblie. À mon avis, il a commis une erreur. Martin avait le droit légal de déposer comme il l’a fait, et ce fait en soi n’aurait pas dû avoir d’incidence sur sa crédibilité.

Sans autre preuve d’une raison de faire un faux témoignage, la preuve de la connaissance qu’avait le témoin de l’art. 13 de la *Charte* ne devrait pas avoir d’incidence sur sa crédibilité. Par conséquent, une telle preuve, en soi, n’a que peu ou pas de valeur probante. Voir *Swick*, précité, p. 477. À cet égard, je ne partage pas la conclusion du juge Finch de la Cour d’appel selon lequel, s’il ne sait pas quelle connaissance le témoin a de l’art. 13, le juge des faits peut se faire une idée irréaliste de la valeur probante du témoignage. Au contraire, pour les raisons susmentionnées, la preuve relative à la connaissance qu’a le témoin de l’art. 13 est plus susceptible d’obscurcir l’appréciation de la preuve que de l’éclairer.

Dans de rares cas, le contre-interrogatoire d’un témoin sur sa connaissance de l’art. 13 de la *Charte* peut être permis. Si le ministère public a présenté des preuves d’un complot en vue de mentir ou d’obtenir certains avantages, la valeur probante de la connaissance qu’a le témoin de l’art. 13 de la *Charte* pourrait surpasser son effet préjudiciable, ce qui ne sera pas le cas pour la preuve d’une simple amitié entre l’accusé et le témoin (voir *Swick*, précité, p. 477). Devant la preuve d’un complot en vue de mentir ou d’obtenir certains avantages, il se peut que la balance penche du côté de la possibilité que la connaissance qu’a le témoin de l’art. 13 de la *Charte* ait une incidence sur la véracité de son témoignage. Cette appréciation relève généralement du pouvoir discrétionnaire du juge du procès.

28

In the present appeal there was no independent evidence tendered as to a motive for Corkum to lie or obtain favours. As such, the prejudicial effects of the testimony, discussed above, outweigh its low probative value, and Corkum should not have been cross-examined as to his knowledge of s. 13 of the *Charter*.

(2) *Applicability of Section 686(1)(b)(iii), the Code's Curative Proviso*

29

Although Crown counsel should not have probed the witness's knowledge of s. 13 of the *Charter*, the trial judge did not disbelieve Corkum only on the basis that he knew s. 13 of the *Charter* would protect his testimony. Rather, the trial judge's reasons demonstrate that she simply did not believe Corkum's testimony because his demeanour demonstrated signs of untruthfulness. The trial judge stated:

Both Mr. Corkum and Mr. Jabarianha were less than believable as they gave much of their evidence. Each exhibited classic signs of discomfort when challenged on points and then would elaborate the details. Each was evasive at times or his eyes shifted around. Thus in certain points of the story each by the story and his demeanour, displayed signs of untruthfulness.

Mr. Corkum, for instance, was completely unbelievable when he denied knowing he could not be prosecuted for the break and enter on the basis of confessing to it in the courtroom under oath. [Emphasis added.]

30

In the paragraph above, the words "for instance" demonstrate that the trial judge simply relied on Mr. Corkum's demeanour and his story (and not his purported lack of knowledge of s. 13 of the *Charter*) when she stated that she did not believe Corkum's testimony. Moreover, the trial judge referred to the witness's demeanour in testifying to his knowledge of s. 13 of the *Charter* as only one of several examples where he appeared untruthful. I agree with Finch J.A.'s reasons (at para. 31):

The trial judge's reference to Corkum's evidence (at para. 31 of the reasons) comes in the middle of her discussion

Aucune preuve indépendante de motifs que pouvait avoir Corkum de mentir ou de chercher à obtenir des avantages n'a été produite en l'espèce. En cela, les effets préjudiciables susmentionnés du témoignage l'emportent sur sa faible valeur probante, et Corkum n'aurait pas dû être contre-interrogé sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte*.

(2) *L'application du sous-al. 686(1)(b)(iii), la disposition réparatrice du Code*

Même si le substitut du procureur général n'aurait pas dû sonder la connaissance qu'avait le témoin de l'art. 13 de la *Charte*, la juge du procès n'a pas refusé de croire Corkum pour l'unique raison que celui-ci savait que l'art. 13 de la *Charte* protégerait son témoignage. Ses motifs montrent plutôt qu'elle n'a tout simplement pas cru le témoignage de Corkum parce que son comportement dénotait un manque de véracité. Elle dit :

[TRADUCTION] M. Corkum comme M. Jabarianha étaient moins que crédibles dans une grande partie de leurs témoignages. Les deux manifestaient des signes classiques de gêne lorsqu'ils étaient confrontés sur certains points, puis donnaient plus de détails. Les deux étaient évasifs à l'occasion ou détournaient les yeux. Ainsi, à certains points de l'histoire, ils ont tous deux manifesté des signes de manque de véracité, dans leur version des faits et leur comportement.

M. Corkum, par exemple, n'était absolument pas crédible lorsqu'il a nié savoir qu'il ne pourrait pas être poursuivi pour l'introduction par effraction parce qu'il en avait fait l'aveu sous serment devant le tribunal. [Je souligne.]

Dans ce dernier paragraphe, les mots « par exemple » montrent que la juge du procès s'est fondée simplement sur le comportement de M. Corkum et sur sa version des faits (et non sur sa prétendue ignorance de l'art. 13 de la *Charte*) lorsqu'elle a déclaré ne pas croire le témoignage de M. Corkum. En outre, elle n'a mentionné le comportement du témoin pendant son témoignage sur sa connaissance de l'art. 13 de la *Charte* que comme un parmi plusieurs exemples où il paraissait peu digne de foi. Je souscris à ce que dit le juge Finch dans ses motifs (au par. 31) :

[TRADUCTION] La mention que fait la juge du procès du témoignage de Corkum (au par. 31 des motifs) survient

about the credibility of both the appellant and Corkum. Her disbelief of Corkum's answer to the impugned question is cited as an example of the several instances in which Corkum's demeanour betrayed the untrustworthiness of his evidence. I do not understand the learned trial judge to say that she considered Corkum's evidence unbelievable because he denied knowing his s. 13 rights. Rather, I understand her to say that his demeanour in giving that answer, amongst others, persuaded her that he was an untrustworthy witness whose evidence was not to be believed. In my view, it was entirely within the trial judge's proper function to assess Corkum's credibility in the way she did.

Although it was an error of law to permit the cross-examination to occur, the trial judge's minimal reliance on the witness's answer as described above demonstrates that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred and this is a proper case to apply s. 686(1)(b)(iii) the curative proviso in the *Code* (see *R. v. Deane*, [2001] 1 S.C.R. 279, 2001 SCC 5; *R. v. Simard*, [2000] 2 S.C.R. 911, 2000 SCC 61; *R. v. Lawes*, [1997] 3 S.C.R. 694).

The appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Vancouver.

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

au milieu de son appréciation de la crédibilité de l'appellant et de celle de Corkum. Le fait qu'elle n'ait pas cru la réponse de Corkum à la question en cause est cité à titre d'exemple des nombreuses occasions où le comportement de Corkum dénotait le manque de fiabilité de son témoignage. Selon moi, la juge du procès ne dit pas que le témoignage de Corkum ne l'a pas convaincue parce qu'il a nié avoir connaissance de ses droits en vertu de l'art. 13. À mon sens, elle dit plutôt que son comportement lorsqu'il a donné cette réponse, entre autres, l'a persuadée qu'il était un témoin non fiable dont le témoignage n'était pas digne de foi. Selon moi, il lui appartenait entièrement dans l'exercice de ses fonctions de juge du procès d'apprécier la crédibilité de Corkum comme elle l'a fait.

Même si c'était une erreur de droit de permettre ce contre-interrogatoire, le fait que la juge du procès ne se soit fondée que de façon minimale sur la réponse du témoin, comme on l'a vu plus haut, démontre qu'il ne s'est produit aucun tort important et aucune erreur judiciaire grave et qu'il y a lieu d'appliquer en l'espèce le sous-al. 686(1)(b)(iii), la disposition réparatrice du *Code* (voir *R. c. Deane*, [2001] 1 R.C.S. 279, 2001 CSC 5; *R. c. Simard*, [2000] 2 R.C.S. 911, 2000 CSC 61; *R. c. Lawes*, [1997] 3 R.C.S. 694).

Le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Gil D. McKinnon, Vancouver.

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

31

32

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Clayton George Mentuck *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of British Columbia, the Winnipeg Free Press, the Brandon Sun, and the Canadian Newspaper Association *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. MENTUCK**

Neutral citation: **2001 SCC 76.**

File No.: 27738.

2001: June 18; 2001: November 15.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE MANITOBA COURT OF QUEEN'S BENCH

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication bans — Criminal proceedings — Trial judge granting one-year ban as to identity of undercover police officers and refusing ban as to operational methods used in investigating accused — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to hear Crown appeal from trial judge's order — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

Criminal law — Publication bans — Appropriate scope of publication ban — Undercover police investigation — Crown seeking publication ban protecting identity of police officers and operational methods used in investigating accused — Trial judge granting one-year ban as to identity of officers and refusing ban as to operational methods — Whether trial judge erred in ordering ban.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Clayton George Mentuck *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Colombie-Britannique, Winnipeg Free Press, Brandon Sun et l'Association canadienne des journaux *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. MENTUCK**

Référence neutre : **2001 CSC 76.**

N° du greffe : 27738.

2001 : 18 juin; 2001 : 15 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE DU MANITOBA

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Interdictions de publication — Procédures criminelles — Le juge du procès a accordé pour un an l'interdiction de publier l'identité des policiers banalisés et a refusé d'ordonner une interdiction quant aux méthodes utilisées dans le cadre de l'enquête visant l'accusé — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi interjeté par le ministère public contre l'ordonnance du juge du procès? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1), (3).

Droit criminel — Interdictions de publication — Portée qu'il convient de donner à l'interdiction de publication — Enquête policière secrète — Le ministère public a sollicité une interdiction de publication en vue de protéger l'identité des policiers et les méthodes employées dans le cadre de l'enquête visant l'accusé — Le juge du procès a accordé pour un an l'interdiction de publier l'identité des policiers et a refusé d'ordonner une interdiction quant aux méthodes utilisées — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ordonnant l'interdiction?

The accused was charged with second degree murder. At his first trial, a stay of proceedings was entered after crucial evidence was ruled inadmissible. The accused was then targeted by the RCMP in an undercover operation. The undercover operation followed a pattern commonly employed by Canadian police. As a result of evidence gathered during this operation, the indictment was reinstated. In the course of opening statements at the second trial, the Crown referred to much of the information now sought to be suppressed. Newspapers reported most of the information. During the trial the Crown moved for a publication ban to protect the identity of the officers and the operational methods employed by those officers in the investigation. The accused and two intervening newspapers opposed the motion. The trial judge granted a one-year ban as to the identity of undercover police officers, but refused a ban as to operational methods used in investigating the accused. Pending the resolution of this appeal, that order was stayed and orders granting the requested publication ban in full and sealing the affidavits filed with the trial judge were granted. Meanwhile, a mistrial was declared in the second trial due to a hung jury. At the accused's third trial, he was acquitted.

Held: The appeal should be dismissed. The order granting a one-year ban as to the identity of the undercover police officers is restored, but the one-year period commences at the date of this judgment.

As Parliament has not seen fit to amend the *Criminal Code* to provide for clear avenues of appeal in publication ban cases, the reasoning in *Dagenais* and *Adams* governs the appeal process. This Court has jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act* to hear a direct appeal from the trial judge's order for a publication ban. This order is ancillary to any issues relating to the guilt or innocence of the accused, and thus the appeal is not barred by s. 40(3) of the Act. No other route of appeal is open to the parties in the case, and the appeal is not explicitly barred by statute.

The ban ordered by the trial judge was properly issued and was of the appropriate scope in light of the requirements of the *Charter*. A publication ban should only be ordered when such an order is necessary to prevent a serious risk to the proper administration of justice, because reasonable alternative measures will not prevent the risk, and when the salutary effects of the publication

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré. À son premier procès, le juge a ordonné l'arrêt des procédures après avoir jugé inadmissibles des éléments de preuve cruciaux. L'accusé a par la suite fait l'objet d'une opération secrète de la GRC. L'opération secrète correspond à un modèle qu'utilise couramment la police canadienne. En raison de la preuve recueillie au cours de cette opération, la mise en accusation a été rétablie. Lors des exposés préliminaires au second procès, le ministère public a fait référence à bon nombre des renseignements dont on veut maintenant interdire la publication. Les journaux ont rapporté la plupart de ces renseignements. Au procès, le ministère public a présenté une requête en interdiction de publication en vue de protéger l'identité des policiers et les méthodes qu'ils ont utilisées dans le cadre de l'enquête. L'accusé et deux journaux intervenants se sont opposés à la requête. Le juge du procès a accordé pour un an l'interdiction de publier l'identité des policiers banalisés, mais a refusé d'ordonner une interdiction quant aux méthodes utilisées dans le cadre de l'enquête visant l'accusé. Dans l'attente de l'issue du présent pourvoi, on a suspendu l'exécution de cette ordonnance, et on a rendu une ordonnance accordant l'interdiction totale de publication ainsi qu'une ordonnance de mise sous scellés des affidavits déposés auprès du juge du procès. Entre-temps, la nullité du second procès a été déclarée en raison d'un désaccord du jury. L'accusé a été acquitté à son troisième procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. L'ordonnance accordant pour un an l'interdiction de publier l'identité des policiers banalisés est rétablie, mais la période d'un an commence à la date du présent arrêt.

Comme le législateur n'a pas jugé bon de modifier le *Code criminel* pour que celui-ci prévienne des voies d'appel claires en matière d'interdictions de publication, le raisonnement suivi dans *Dagenais* et *Adams* régit le processus d'appel. La Cour a compétence aux termes du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* pour entendre le pourvoi formé directement contre l'ordonnance de non-publication du juge du procès. Cette ordonnance étant accessoire aux questions relatives à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé, le par. 40(3) de la Loi n'interdit pas qu'elle fasse l'objet d'un appel. En l'espèce, les parties ne disposent d'aucune autre voie d'appel et aucune disposition législative n'interdit explicitement l'appel.

Le juge du procès a eu raison d'ordonner l'interdiction et il lui a donné la portée qu'il convient compte tenu des exigences de la *Charte*. Une interdiction de publication ne doit être ordonnée que si elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque, et que si ses effets bénéfiques

ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice. The party bringing the application has the burden of displacing the presumption of openness. That party must also establish a sufficient evidentiary basis to allow the judge to make an informed application of the test, and to allow for review.

The first branch of the analysis requires consideration of the necessity of the ban in relation to its object of protecting the proper administration of justice. The concept of “necessity” has several elements: (1) the risk in question must be well-grounded in the evidence and must pose a serious threat to the proper administration of justice; (2) “the proper administration of justice” should not be interpreted so widely as to keep secret a vast amount of enforcement information the disclosure of which would be compatible with the public interest; and (3) in order to reflect the minimal impairment branch of the *Oakes* test, the judge must consider whether reasonable alternatives are available, but he must also restrict the order as far as possible without sacrificing the prevention of the risk. Under the second branch of the analysis, the effect of the ban on the efficacy of police operations, the right of the public to freedom of expression, and the right of the accused to a public trial must be weighed.

A publication ban as to operational methods is unnecessary. Although police operations will be compromised if suspects learn that they are targets, media publication will not seriously increase the rate of compromise. Republication of this information does not constitute a serious risk to the efficacy of police operations, and thus to that aspect of the proper administration of justice. This ground by itself is sufficient to dispose of the ban as to operational methods. However, in this case, publication of the names and identities of the officers in question would create a serious risk to the efficacy of current, similar operations. The ban as to identity is necessary and there is no reasonable alternative. The ban was properly restricted to a period of one year but, as the circumstances of the case may change, that order will be made subject to further order of the issuing court.

Even if a serious risk had been demonstrated, the deleterious effects of the ban as to operational methods on the right of the press to freedom of expression and the

sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice. Il incombe à la partie qui présente la demande de justifier la dérogation à la règle de la publicité des procédures. Cette partie doit également fournir une preuve suffisante pour permettre au juge d'appliquer le critère de façon éclairée et pour permettre le contrôle de la décision.

Le premier volet de l'analyse exige l'examen de la nécessité de l'interdiction en fonction de son objet, qui vise à protéger la bonne administration de la justice. La notion de « nécessité » comporte plusieurs éléments : (1) le risque en question doit être bien appuyé par la preuve et doit constituer une menace sérieuse pour la bonne administration de la justice; (2) l'expression « la bonne administration de la justice » ne doit pas être interprétée d'une façon large au point de garder secrets un grand nombre de renseignements relatifs à l'application de la loi, dont la communication serait compatible avec l'intérêt public; (3) pour respecter le volet de l'atteinte minimale du critère de *Oakes*, le juge doit non seulement déterminer s'il existe des mesures de rechange raisonnables, mais il doit aussi limiter l'ordonnance autant que possible sans pour autant sacrifier la prévention du risque. Selon le deuxième volet de l'analyse, il faut soupeser l'effet de l'interdiction sur l'efficacité des opérations policières, sur le droit du public à la liberté d'expression et sur le droit de l'accusé à un procès public.

L'interdiction de publier les méthodes d'enquête n'est pas nécessaire. Même si des opérations policières seront compromises si les suspects apprennent qu'ils sont visés, la couverture de ces opérations par les médias n'en fera pas augmenter considérablement le taux d'échec. La republication de cette information ne constitue pas un risque sérieux pour l'efficacité des opérations policières et, par conséquent, pour cet aspect de la bonne administration de la justice. Ce motif suffit en soi pour régler la question de l'interdiction concernant les méthodes d'enquête. En l'espèce, cependant, la publication du nom et de l'identité des policiers en cause aurait pour effet de créer un risque sérieux pour l'efficacité des opérations semblables en cours. L'interdiction visant l'identité est nécessaire et il n'existe aucune autre solution raisonnable. L'interdiction a été limitée à bon droit à un an, mais comme les circonstances de l'affaire peuvent changer, cette ordonnance s'applique sauf ordonnance contraire du tribunal qui l'a rendue.

Même si on avait démontré l'existence d'un risque sérieux, les effets préjudiciables de l'interdiction de publication des méthodes d'enquête sur le droit de la presse à la

accused's right to a public trial would substantially outweigh the benefits to the administration of justice. The benefits this ban promises are, at best, speculative and marginal improvements in the efficacy of undercover operations and the safety of officers in the field, but the deleterious effects are substantial. Such a ban would seriously curtail the freedom of the press in respect of an issue that may merit widespread public debate. It would also have a deleterious effect on the right of the accused to a fair and public trial, which includes the right to have the media access the courtroom and report on the proceedings. Allowing public scrutiny of the trial process is to the advantage of the accused because it ensures that the trial is conducted fairly, and because it can vindicate an accused person who is acquitted, particularly when the acquittal is surprising and perhaps shocking to the public. However, the salutary effects of the ban as to identity are significant. It will reduce the potential harm to the officers currently in the field and assist in ensuring the efficacy of ongoing operations. Moreover, its deleterious effects are not as substantial. Although, in general, the names of police officers who testify against accused persons need not, and should not, be the subject of publication bans, the detrimental aspects of a time-limited ban in these circumstances is outweighed by the salutary effects of the ban.

Cases Cited

Explained: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, rev'g (1992), 12 O.R. (3d) 239; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; **referred to:** *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *Michaud v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney-General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1) [am. c. 27 (1st Supp.)], s. 139(1).

liberté d'expression et sur le droit de l'accusé à un procès public l'emporteraient de loin sur ses effets bénéfiques pour l'administration de la justice. Les effets bénéfiques de cette interdiction sont, au mieux, un accroissement spéculatif minime de l'efficacité des opérations secrètes et de la sécurité des policiers sur le terrain, alors que ses effets préjudiciables sont considérables. Une telle interdiction porterait gravement atteinte à la liberté de la presse relativement à une question susceptible de justifier un grand débat public. Elle aurait également un effet préjudiciable sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, qui comprend le droit à ce que les médias aient accès à la salle d'audience et rapportent ce qui s'y déroule. Permettre l'examen public du processus judiciaire est à l'avantage de l'accusé parce que cet examen garantit l'équité du procès et parce qu'il peut rendre justice à une personne acquittée, surtout dans les cas où l'acquiescement est surprenant et, peut-être, choquant pour le public. Toutefois, les effets bénéfiques de l'interdiction de publier l'identité sont notables. Elle réduira le préjudice qui pourrait être causé aux policiers actuellement sur le terrain et contribuera à l'efficacité des opérations en cours. De plus, ses effets préjudiciables ne sont pas aussi substantiels. Même si, en règle générale, il n'est ni nécessaire, ni souhaitable, que le nom des policiers qui témoignent contre l'accusé fasse l'objet d'une interdiction de publication, les effets bénéfiques d'une interdiction limitée dans le temps l'emportent sur ses effets préjudiciables dans les circonstances.

Jurisprudence

Arrêts expliqués : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, inf. (1992), 12 O.R. (3d) 239; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; **arrêts mentionnés :** *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.)], art. 139(1)].

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37], (3).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Queen's Bench (2000), 143 Man. R. (2d) 275, 73 C.R.R. (2d) 52, [2000] M.J. No. 69 (QL). Appeal dismissed.

Heather Leonoff, Q.C., and *Darrin R. Davis*, for the appellant.

Timothy J. Killeen and *Wendy A. Stewart*, for the respondent.

Cheryl J. Tobias and *Malcolm G. Palmer*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Written submissions only by *Christopher Webb*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

John M. Gordon, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jonathan B. Kroft and *Brent C. Ross*, for the interveners the Winnipeg Free Press and the Brandon Sun.

Paul B. Schabas and *Tony S. K. Wong*, for the intervener the Canadian Newspaper Association.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

¹ This appeal raises two questions. First, we must decide in what circumstances this Court has jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, to hear an appeal of an order for a publication ban directly from the court making the order. Second, we must decide whether an order prohibiting publication of the details of the police practices used in this case ought to have been issued. Along with the appeal in *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77, which was heard at the same time, this case raises important questions about publicity rights in trials. It requires us to balance the interests of the public in ensuring

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37], (3).

POURVOI contre un jugement de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba (2000), 143 Man. R. (2d) 275, 73 C.R.R. (2d) 52, [2000] M.J. No. 69 (QL). Pourvoi rejeté.

Heather Leonoff, c.r., et *Darrin R. Davis*, pour l'appelante.

Timothy J. Killeen et *Wendy A. Stewart*, pour l'intimé.

Cheryl J. Tobias et *Malcolm G. Palmer*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Christopher Webb*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

John M. Gordon, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jonathan B. Kroft et *Brent C. Ross*, pour les intervenants Winnipeg Free Press et Brandon Sun.

Paul B. Schabas et *Tony S. K. Wong*, pour l'intervenante l'Association canadienne des journaux.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, nous devons décider dans quels cas la Cour a compétence aux termes du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, pour entendre le pourvoi formé directement contre l'ordonnance de non-publication rendue par le tribunal de première instance. Deuxièmement, nous devons décider s'il aurait fallu que ce dernier rende une ordonnance interdisant la publication des détails des pratiques utilisées par la police en l'espèce. Tout comme le pourvoi *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77, entendu en même temps, la présente affaire soulève des

effective policing and society's fundamental interest in allowing the public to monitor the police, as well as the right of the accused to a "fair and public hearing".

I conclude that this Court does have jurisdiction to hear this appeal and other direct appeals from orders for publication bans, but only in a limited set of circumstances where no other route of appeal lies. I also find that the full publication ban in this case should not have been issued. A ban that conceals the nature of police practices was rightly not ordered by the trial judge. The improved efficacy of police undercover operations would not be substantial, and in any event, is outweighed by the deleterious effects on the rights protected by ss. 2(b) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, the more limited ban on the publication of the involved officers' names and identities for a one-year period, was properly ordered. Accordingly, the order of the Manitoba Court of Queen's Bench is affirmed and this appeal is dismissed.

II. Background

On July 13, 1996, 14-year-old Amanda Cook disappeared from the Rosburn Harvest Fair. Her body was discovered on July 17, 1996, in the bush near the fairground. The body was partially clothed and an examination disclosed that she had been killed by a series of blows to her head with a rock. On March 11, 1997, the respondent was charged with second degree murder for the death of Amanda Cook. At his first trial in March 1998, a stay of proceedings was entered after crucial evidence was ruled inadmissible.

Following the first trial, the respondent was targeted by the Royal Canadian Mounted Police in an undercover operation code-named Operation Decisive. The undercover operation followed a pattern commonly employed by Canadian

questions importantes au sujet du droit à la publicité des procédures dans les procès. Nous devons ici pondérer l'intérêt du public à ce que les services de police soient efficaces et l'intérêt fondamental de la société à ce que le public puisse surveiller la police, ainsi que le droit de l'accusé à un « procès public et équitable ».

Je conclus que la Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi et les autres pourvois formés directement contre des ordonnances de non-publication, mais uniquement dans les cas où il n'existe aucune autre voie d'appel. Je suis également d'avis qu'il n'y avait pas lieu de rendre une ordonnance d'interdiction totale de publication en l'espèce. C'est à bon droit que le juge du procès n'a pas ordonné l'interdiction de divulguer la nature des pratiques policières. Les opérations secrètes de la police ne seraient guère plus efficaces et, de toute manière, les effets préjudiciables de l'interdiction sur les droits que garantissent les al. 2b) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dépassent l'avantage de l'interdiction elle-même. Il convenait toutefois d'ordonner l'interdiction de publier le nom et l'identité des policiers en cause pour un an. Par conséquent, l'ordonnance de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba est confirmée et le présent pourvoi est rejeté.

II. Les faits

Le 13 juillet 1996, Amanda Cook, âgée de 14 ans, disparaît de la foire de Rosburn. On découvre son corps le 17 juillet 1996, dans le buisson près du champ de foire. Le corps est partiellement vêtu et un examen révèle qu'elle a été frappée à mort avec une pierre. Le 11 mars 1997, l'intimé est accusé de meurtre au deuxième degré pour la mort d'Amanda Cook. À son premier procès, en mars 1998, le juge ordonne l'arrêt des procédures après avoir jugé inadmissibles des éléments de preuve cruciaux.

À la suite du premier procès, l'intimé fait l'objet d'une opération secrète de la Gendarmerie royale du Canada, ayant comme nom de code *Operation Decisive*. L'opération secrète correspond à un modèle qu'utilise couramment la police canadienne. Des

2

3

4

police. The respondent was invited by undercover officers to join a fictitious criminal organization. He was then asked to undertake certain tasks, the claimed importance of which was increased over time. The tasks included counting large sums of money and delivering parcels. The respondent was then told to be honest about his involvement in the murder of Amanda Cook. When he denied involvement, he was told that the “Boss” of the organization was angry with the person who had recruited the respondent as the respondent was a liar. The respondent was again encouraged to discuss the murder honestly. He was told that the criminal organization would arrange for a person dying of cancer to confess to the crime, and thereafter would provide assistance to the respondent in suing the government for wrongful imprisonment.

policiers banalisés invitent l’intimé à se joindre à un gang fictif. Ils lui demandent ensuite d’effectuer certaines tâches, soi-disant de plus en plus importantes. Il s’agit notamment de compter de grosses sommes d’argent et de livrer des colis. Les policiers lui demandent ensuite d’être franc au sujet de son rôle dans le meurtre d’Amanda Cook. Après qu’il a nié y être impliqué, ils lui font savoir que le « patron » du gang est en colère contre la personne qui l’a recruté parce qu’il est un menteur. Ils l’incitent de nouveau à parler franchement du meurtre, lui affirmant que le gang s’arrangerait pour qu’une personne se mourant du cancer avoue le crime et qu’il l’aiderait ensuite à poursuivre le gouvernement pour emprisonnement illégal.

5 As a result of evidence gathered during this undercover operation, the indictment was reinstated on January 28, 1999. The second trial commenced on January 24, 2000, before a judge and jury. In the course of opening statements, Crown counsel referred to much of the information now sought to be suppressed, and the interveners the Winnipeg Free Press and the Brandon Sun reported most of it.

En raison de la preuve recueillie au cours de cette opération, la mise en accusation est rétablie le 28 janvier 1999. Le second procès commence le 24 janvier 2000 devant un juge et un jury. Lors des exposés préliminaires, l’avocat du ministère public fait référence à bon nombre des renseignements dont on veut maintenant interdire la publication et les intervenants, la Winnipeg Free Press et le Brandon Sun, en ont rapporté la plupart.

6 During the trial the Crown brought a motion before the trial judge to prohibit the publication of certain facts that were to be tendered in evidence. The motion sought a ban on the publication of:

Au procès, le ministère public présente au juge une requête visant l’interdiction de publier certains faits qui allaient être présentés en preuve. La requête sollicite l’interdiction de publier :

- (a) the names and identities of the undercover police officers [involved] in the investigation of the accused, including any likeness of the officers, appearance of their attire and physical descriptions;
- (b) the conversations of the undercover operators in the investigation of the accused to the extent that they disclose the matters in paragraphs (a) and (c);
- (c) the specific undercover operation scenarios used in investigation. . . .

In these reasons, the ban set out in paragraph (a) will be referred to as “the ban as to identity”; the ban set out in paragraphs (b) and (c) will be

[TRADUCTION]

- a) le nom et l’identité des policiers banalisés ayant participé à l’enquête sur l’accusé, notamment leur apparence, leur tenue vestimentaire et leur description;
- b) les conversations des agents banalisés lors de l’enquête sur l’accusé qui révèlent les éléments mentionnés aux alinéas a) et c);
- c) les scénarios particuliers de l’opération secrète utilisés dans le cadre de l’enquête. . . .

Dans les présents motifs, l’interdiction mentionnée à l’alinéa a) signifie « l’interdiction de publier l’identité » et celle mentionnée aux alinéas b)

referred to as “the ban as to operational methods”.

The respondent opposed the application for a publication ban. The interveners, the Winnipeg Free Press and the Brandon Sun, were granted leave to intervene in the original motion. On February 2, 2000, the trial judge refused to order the ban as to operational methods. He did grant a ban as to identity limited to a period of one year. Pending the resolution of this appeal, I ordered a stay of the trial judge’s decision on February 7, 2000, and made an order granting the requested publication ban in full, and an order sealing the affidavits filed with the trial judge. I also ordered that the application for leave to appeal be expedited, and leave was granted on May 25, 2000. On February 18, 2000, the trial judge ordered a mistrial as a result of a hung jury. On September 11, 2000, a third trial was commenced before a judge alone. On September 29, 2000 the respondent was acquitted of the murder of Amanda Cook.

III. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

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

676. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

(b) against an order of a superior court of criminal jurisdiction that quashes an indictment or in any manner refuses or fails to exercise jurisdiction on an indictment;

(c) against an order of a trial court that stays proceedings on an indictment or quashes an indictment; or

(d) with leave of the court of appeal or a judge thereof, against the sentence passed by a trial court in

et c), « l’interdiction de publier les méthodes d’enquête ».

L’intimé s’oppose à la demande d’interdiction de publication. Les intervenants, le Winnipeg Free Press et le Brandon Sun, reçoivent l’autorisation d’intervenir dans la requête initiale. Le 2 février 2000, le juge du procès refuse d’ordonner l’interdiction de publier les méthodes d’enquête. Il accorde toutefois pour un an l’interdiction de publier l’identité. Dans l’attente de l’issue du présent pourvoi, j’ai ordonné la suspension de l’exécution de la décision du juge du procès, le 7 février 2000, et j’ai rendu une ordonnance accordant l’interdiction totale de publication ainsi qu’une ordonnance de mise sous scellés des affidavits déposés auprès du juge du procès. J’ai également ordonné que la demande d’autorisation de pourvoi soit traitée en priorité, et l’autorisation a été accordée le 25 mai 2000. Le 18 février 2000, le juge du procès ordonne la nullité du procès en raison d’un désaccord du jury. Un troisième procès commence le 11 septembre 2000 devant un juge seul. Ce dernier acquitte l’intimé du meurtre d’Amanda Cook, le 29 septembre 2000.

III. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

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

676. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d’appel :

a) contre un jugement ou verdict d’acquiescement d’un tribunal de première instance à l’égard de procédures sur acte d’accusation pour tout motif d’appel qui comporte une question de droit seulement;

b) contre une ordonnance d’une cour supérieure de juridiction criminelle qui annule un acte d’accusation ou refuse ou omet d’exercer sa compétence à l’égard d’un acte d’accusation;

c) contre une ordonnance d’un tribunal de première instance qui arrête les procédures sur un acte d’accusation ou annule un acte d’accusation;

d) avec l’autorisation de la cour d’appel ou de l’un de ses juges, contre la peine prononcée par un

proceedings by indictment, unless that sentence is one fixed by law.

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26

40. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

. . .

(3) No appeal to the Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

tribunal de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation, à moins que cette peine ne soit de celles que fixe la loi.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26

40. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

. . .

(3) Le présent article ne permet pas d'en appeler devant la Cour d'un jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel ou, sauf s'il s'agit d'une question de droit ou de compétence, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

Charte canadienne des droits et libertés

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

IV. Judgment Below

Manitoba Court of Queen's Bench (2000), 143 Man. R. (2d) 275

Menzies J. refused the greater part of the Crown's application for a publication ban. He reviewed the decision in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and rejected the Crown's argument that the test for a publication ban set out in *Dagenais* was only applicable to motions by the accused to protect his or her right to a fair trial (p. 277). Instead, he concluded that the right to freedom of expression and to a fair trial must both be considered in applying *Dagenais*.

Menzies J. noted that the burden was on the Crown, as the party seeking the publication ban, to lay an evidentiary foundation for the necessity of such a ban, relying on *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 72. The Crown adduced evidence that the officers involved in this operation continued to be involved in undercover operations, that the identity of officers in the field would be compromised if their undercover techniques were to become known to the public, and that the overall efficacy of these types of undercover operations would also be jeopardized (pp. 278-79). Menzies J. discounted these concerns, finding that the right of the accused to a fair trial and the right to freedom of the press are both protected by the *Charter*, while "[t]he right of the police to maintain investigative techniques in the name of the proper administration of justice does not bring a constitutional guarantee" (p. 279).

He therefore declined to issue the requested ban as to operational methods employed by the police, favouring instead the subjection of police techniques to the "penetrating light of public scrutiny" (p. 279). However, Menzies J. did issue the ban as to identity for a period of one year (p. 280).

IV. Le jugement de cour d'instance inférieure

Cour du Banc de la Reine du Manitoba (2000), 143 Man. R. (2d) 275

Le juge Menzies refuse pour la plus grande part la demande d'interdiction de publication du ministère public. Il examine l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et rejette l'argument du ministère public selon lequel le critère relatif à l'interdiction de publication énoncé dans cet arrêt s'applique uniquement aux requêtes de l'accusé visant à protéger son droit à un procès équitable (p. 277). Il est plutôt d'avis que, lorsqu'on applique *Dagenais*, il faut tenir compte à la fois du droit à la liberté d'expression et du droit à un procès équitable.

Se fondant sur *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 72, le juge Menzies souligne qu'il incombe au ministère public, en tant que partie sollicitant l'interdiction de publication, de faire la preuve de la nécessité de cette interdiction. Le ministère public présente des éléments de preuve indiquant que les policiers ayant participé à cette opération continuent à participer à des opérations secrètes, que l'identité des policiers sur le terrain serait compromise si leurs techniques d'enquête secrète étaient connues du public et que l'efficacité générale de ces types d'opérations secrètes serait aussi mise en péril (p. 278-279). Le juge Menzies écarte ces préoccupations, concluant que le droit de l'accusé à un procès équitable et le droit à la liberté de la presse sont tous deux protégés par la *Charte*, tandis que [TRADUCTION] « [l]e droit de la police de continuer à utiliser des techniques d'enquête au nom de la bonne administration de la justice n'entraîne pas l'application d'une garantie constitutionnelle » (p. 279).

Il refuse donc d'ordonner l'interdiction de publication demandée quant aux méthodes d'enquête employées par la police, préférant plutôt que les techniques policières soient assujetties à la [TRADUCTION] « lumière pénétrante de l'examen public » (p. 279). Cependant, le juge Menzies ordonne pour un an une interdiction de publication de l'identité (p. 280).

9

10

11

V. Issues

12

1. Does this Court have jurisdiction under s. 40 of the *Supreme Court Act* to hear this appeal?
2. What is the appropriate scope of the publication ban in this case?

VI. AnalysisA. *Jurisdiction*

13

This Court has considered questions of its jurisdiction in respect of appeals of publication bans from the court of first instance in two recent decisions, namely *Dagenais*, *supra*, and *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707. In *Adams*, the trial judge granted a ban on publication of the name of the complainant in a sexual assault case. Upon acquitting the accused, he also ordered that the ban on publication be lifted. The Crown argued that the ban should not have been lifted. At a subsequent hearing, the trial judge upheld his own ruling revoking the ban. The Crown was not permitted to appeal the decision to the Court of Appeal because of the strictures of s. 676(1) of the *Criminal Code*, which allows Crown appeals only in limited circumstances. Since the order in issue had been made after the acquittal of the accused, and since no point of law alone was raised, the Crown appeal was barred by s. 676(1).

14

Sopinka J. found that this Court had jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act* to hear a direct appeal. Section 40(1) allows this Court to hear appeals by leave from “any . . . judgment . . . of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof”. Since the Crown was unable to appeal the order to any other court, the trial court became the “highest court of final resort” with respect to the question at issue. Sopinka J. then considered s. 40(3) of the *Supreme Court Act*, which removes from this Court’s s. 40(1) jurisdiction appeals from the judgment of any court acquitting, convicting, setting aside or affirming a

V. Les questions en litige

1. Notre Cour a-t-elle compétence aux termes de l’art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* pour entendre le présent pourvoi?
2. Quelle portée convient-il de donner à l’interdiction de publication en l’espèce?

VI. AnalyseA. *La compétence*

Dans deux arrêts récents, *Dagenais*, précité, et *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, la Cour a examiné des questions relatives à sa compétence en matière de pourvois formés contre des interdictions de publication émanant du tribunal de première instance. Dans *Adams*, le juge du procès a accordé l’interdiction de publier le nom de la plaignante dans une affaire d’agression sexuelle. Après avoir acquitté l’accusé, il a ordonné la levée de l’interdiction de publication. Le ministère public a prétendu que l’interdiction n’aurait pas dû être levée. À une audience subséquente, le juge du procès confirme sa décision de révoquer l’interdiction. Le ministère public n’était pas autorisé à introduire un recours devant la Cour d’appel en raison des restrictions du par. 676(1) du *Code criminel*, qui ne permet au ministère public d’interjeter appel que dans certains cas. Puisque l’ordonnance en cause avait été rendue après l’acquittement de l’accusé et qu’aucune question de droit seulement n’avait été soulevée, le par. 676(1) rendait l’appel du ministère public irrecevable.

Le juge Sopinka a conclu que la Cour avait compétence aux termes du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* pour entendre l’appel interjeté directement devant elle. Le paragraphe 40(1) permet à la Cour d’entendre l’appel interjeté, sur autorisation, contre « tout jugement [. . .] rendu par [. . .] le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, [. . .] ou par l’un des juges de ces juridictions inférieures ». Comme le ministère public ne pouvait pas interjeter appel auprès d’un autre tribunal, le tribunal de première instance est devenu « le plus haut tribunal de dernier ressort » relativement à la question en cause. Le juge Sopinka a ensuite

conviction, or setting aside or affirming an acquittal. He found that the order revoking the ban was not an order “integrally related” to any of the prohibited forms of appeal. Rather, it was “an order . . . ancillary to the underlying judgment rendered by the court”, and thus not barred by s. 40(3): *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, at para. 28 (emphasis in original). As such, the Court had jurisdiction to hear the appeal pursuant to s. 40(1).

Dagenais, *supra*, raised a similar issue. The appellant Canadian Broadcasting Corporation (“C.B.C.”) was enjoined by order of the Ontario Court (General Division) from broadcasting a fictional mini-series about physical and sexual abuse of children in a Catholic institution. The applicants in the case were members of a Catholic religious order, all of whom were charged with physical and sexual abuse of young boys in their care at a Catholic training school. The applicants sought and obtained the order on the basis that their right to a fair trial would be compromised by influencing the jurors both in ongoing cases and in cases in which the juries had not yet been selected. The order was appealed to the Ontario Court of Appeal where the ban on publishing the facts of the proceedings and the sealing of the record were lifted. The broadcast was restrained in Ontario and Montreal until completion of the four criminal trials: *Canadian Broadcasting Corp. v. Dagenais* (1992), 12 O.R. (3d) 239. The remaining order was appealed to this Court.

Lamer C.J., writing for a majority of the Court, found that there was jurisdiction under s. 40 of the *Supreme Court Act* to hear the appeal. After canvassing all of the options for appeal of publication bans by third parties, he found that such orders when made by provincial court judges should be reviewed

examiné le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, qui soustrait à la compétence accordée à la Cour par le par. 40(1) l’appel interjeté contre le jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l’une ou l’autre de ces décisions. Il a conclu que l’ordonnance révoquant l’interdiction n’était pas une ordonnance « qui fait partie intégrante » d’un des moyens d’appel interdits. Il s’agit plutôt d’« une ordonnance [. . .] accessoire au jugement [que la cour] a prononcé », de sorte que le par. 40(3) n’interdit pas qu’elle fasse l’objet d’un appel (*R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, par. 28 (souligné dans l’original)). La Cour avait donc compétence pour entendre le pourvoi en vertu du par. 40(1).

L’affaire *Dagenais*, précitée, soulevait une question semblable. La Cour de l’Ontario (Division générale) avait interdit à l’appelante, la Société Radio-Canada (« S.R.C. »), de diffuser une mini-série fictive sur des abus sexuels et physiques infligés à des enfants dans une institution catholique. Dans cette affaire, les demandeurs étaient membres d’un ordre religieux catholique et ils avaient tous été accusés d’avoir abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons confiés à leurs soins dans un centre catholique d’éducation surveillée. Les demandeurs ont sollicité et obtenu l’ordonnance au motif que la série compromettrait leur droit à un procès équitable en influençant les jurés tant dans les affaires en cours que dans les affaires pour lesquelles le jury n’avait pas encore été sélectionné. Il y a eu appel de l’ordonnance devant la Cour d’appel de l’Ontario, qui a levé l’interdiction de publier le déroulement des procédures et la mise sous scellés des dossiers. La diffusion est interdite en Ontario et à Montréal jusqu’à la fin des quatre procès criminels (*Canadian Broadcasting Corp. c. Dagenais* (1992), 12 O.R. (3d) 239). La partie de l’ordonnance non infirmée a fait l’objet d’un pourvoi auprès de la Cour.

Au nom de la majorité de la Cour, le juge en chef Lamer a conclu que, aux termes de l’art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, la Cour avait compétence pour entendre le pourvoi. Après avoir répertorié toutes les voies d’appel possibles qu’ont les tiers contre les interdictions de publication, il a estimé

by way of *certiorari*, and such orders when made by superior court judges should be appealed to the Supreme Court under s. 40 of the Act. Because the intention of the jurisdiction-limiting provisions of the *Criminal Code* was to establish a comprehensive system of appeals that would replace the former system of writs of error, and not to minimize or reduce this Court's jurisdiction, he found that the *Supreme Court Act* governed our jurisdiction over appeals not explicitly excluded by the *Criminal Code*. The Court of Appeal did not have jurisdiction to hear the appeal, so the C.B.C. should have appealed directly to the Supreme Court. Because the trial judge issuing the ban in that case was the "court of final resort" in the matter, the Court had jurisdiction under s. 40 to hear the appeal by leave.

que les ordonnances de non-publication rendues par un juge d'une cour provinciale doivent être révisées par voie de *certiorari* et que celles rendues par un juge d'une cour supérieure doivent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour suprême en vertu de l'art. 40 de la Loi. Étant donné que les dispositions limitatives de compétence du *Code criminel* visaient à établir un régime complet d'appels remplaçant l'ancien régime de brefs d'erreur et non à restreindre la compétence de la Cour, il a conclu que la *Loi sur la Cour suprême* régissait notre compétence relativement aux appels que le *Code criminel* n'excluait pas explicitement. La Cour d'appel n'ayant pas compétence pour entendre l'appel, la S.R.C. aurait dû interjeter appel directement devant la Cour suprême. Puisque le juge du procès qui avait ordonné l'interdiction dans cette affaire était le « tribunal de dernier ressort » en la matière, la Cour avait compétence aux termes de l'art. 40 pour entendre l'appel par voie d'autorisation.

17

It remains the case that Parliament has not seen fit to amend the *Criminal Code* to provide for clear avenues of appeal in publication bans, for the Crown, the accused, or interested third parties such as the media. Faced with this continuing "jurisdictional lacuna", as Lamer C.J. put it in *Dagenais*, the reasoning in *Dagenais* and in *Adams* governs the appeal process to be followed in publication ban cases. I would here reiterate Lamer C.J.'s observation that the current situation, which fails to provide satisfactory routes of appeal despite the fundamental rights at stake, is "deplorable", and again express the hope that Parliament will soon fill this unnecessary and troublesome gap in the law. In that respect, I should like to emphasize that our Court and our judicial system generally greatly benefit from the role of the courts of appeal, and to eliminate their input on these important questions is most regrettable.

Le législateur n'a toujours pas jugé bon de modifier le *Code criminel* pour que celui-ci prévoie des voies d'appel claires, en matière d'interdictions de publication, pour le ministère public et pour l'accusé de même que pour les tiers intéressés comme les médias. Étant donné que cette « lacune », comme le juge en chef Lamer l'a qualifiée dans *Dagenais*, persiste, le raisonnement suivi dans cet arrêt et dans *Adams* régit le processus d'appel à suivre en matière d'interdiction de publication. Je réitère ici l'observation du juge en chef Lamer selon laquelle la situation actuelle, où il n'y a aucune voie d'appel satisfaisante malgré les droits fondamentaux en jeu, est « déplorable », et j'exprime de nouveau l'espoir que le législateur comblera bientôt cette lacune inutile et troublante de la loi. À cet égard, je désire souligner que la Cour et notre système judiciaire bénéficient généralement beaucoup du rôle que jouent les cours d'appel, et l'élimination de leur contribution sur ces questions importantes est des plus regrettables.

18

The reasoning in *Dagenais* and *Adams* should be read together in order to define this Court's jurisdiction under s. 40(1) in cases such as the instant one where no statutory appeal lies. It remains true that the Crown and the accused have, in most cases,

Il faut lire conjointement les raisonnements suivis dans *Dagenais* et *Adams* pour définir la compétence qu'a la Cour aux termes du par. 40(1) dans les cas où la loi ne prévoit aucun appel, comme en l'espèce. Il est vrai que le ministère public et l'accusé ont,

“established avenues to follow when seeking or challenging a ban”. *Dagenais, supra*, at p. 857. But since *Dagenais* dealt only with the process to be followed by appellants who are third parties to the criminal process giving rise to such a ban, it should not be taken as foreclosing this Court’s jurisdiction where s. 40 of the Act can be read to allow it. The direction that the Crown and accused follow the ordinary routes of appeal available in the *Criminal Code* is obviously restricted to cases where there is an available avenue of appeal.

In *Adams*, Sopinka J. applied the reasoning in *Dagenais*. Having found that a publication ban order had no statutory appeal process under the *Criminal Code*, he concluded that such an order by a superior court judge was an order by the “court of final resort”. He also concluded that s. 40(3) of the Act precluded appeals to this Court of both those matters set out in the *Criminal Code* and those matters that are an integral part of any judgment convicting or acquitting the accused. The section thereby prevents a multiplicity of appeals from the “vast array of interlocutory orders and rulings made at trial with respect to the conduct of the proceedings”. *Adams, supra*, at para. 17. However, the section does not preclude appeals from orders that are ancillary, or not integrally related, to the process of conviction or acquittal of the accused. *Adams, supra*, at para. 18; *Hinse, supra*, at para. 28.

The *Supreme Court Act* was passed to allow this Court to serve as a “general court of appeal for Canada”, and s. 40 must be read in light of the purpose of the Court’s enabling legislation. Unless the Court is specifically prohibited from entertaining appeals by s. 40(3) of the Act, it may grant leave to hear any appeal from the decision of any “court of final resort” in Canada. Parliament has seen fit to provide generally for rational routes of appeal in criminal cases. In these cases, we cannot take jurisdiction, nor would we wish to. But a purposive

dans la plupart des cas, « établi les moyens à utiliser lorsqu’une interdiction de publication est demandée ou contestée » (*Dagenais*, précité, p. 857). Mais étant donné que *Dagenais* portait uniquement sur la procédure que doivent suivre les appelants qui sont des tiers dans le processus criminel ayant donné lieu à l’interdiction, il ne faut pas interpréter cet arrêt comme écartant la compétence de la Cour lorsque l’art. 40 de la Loi peut être interprété comme la permettant. La directive pour le ministère public et l’accusé de suivre les voies d’appel ordinaires prévues dans le *Code criminel* se limite manifestement aux cas où il existe un moyen d’appel.

Dans *Adams*, le juge Sopinka a appliqué le raisonnement suivi dans *Dagenais*. Ayant conclu que le *Code criminel* ne prévoyait aucune procédure d’appel contre une ordonnance de non-publication, il a jugé qu’une telle ordonnance rendue par un juge d’une cour supérieure constituait une ordonnance du « tribunal de dernier ressort ». Il a également conclu que le par. 40(3) de la Loi interdisait les pourvois auprès de la Cour à la fois pour les questions énoncées dans le *Code criminel* et pour les questions faisant partie intégrante d’un jugement prononçant une déclaration de culpabilité ou un acquittement. Cette disposition empêche donc qu’il y ait une multitude d’appels interjetés contre la « vaste gamme de décisions et d’ordonnances interlocutoires rendues au procès en ce qui concerne le déroulement des procédures » (*Adams*, précité, par. 17). Toutefois, elle n’interdit pas les appels accessoires au processus de déclaration de culpabilité ou d’acquittement de l’accusé ni les appels qui n’en font pas partie intégrante (*Adams*, précité, par. 18; *Hinse*, précité, par. 28).

La *Loi sur la Cour suprême* a été adoptée pour permettre à la Cour de servir de « cour générale d’appel pour l’ensemble du pays », et l’art. 40 doit être interprété en fonction de l’objet de la loi habilitante de la Cour. À moins que le par. 40(3) de la Loi interdise expressément à la Cour d’entendre certains pourvois, celle-ci peut décider d’entendre tout appel formé à l’encontre de la décision de tout « tribunal de dernier ressort » au Canada. Le législateur a jugé bon de prévoir de façon générale des voies rationnelles d’appel en matière cri-

19

20

approach to s. 40 requires the Court to take jurisdiction where no other appellate court can do so, unless an explicit provision bars all appeals. Section 40(1) ensures that even though specific legislative provisions on jurisdiction are lacking, this Court may fill the void until Parliament devises a satisfactory solution. Concomitantly, s. 40(3) ensures that this Court is not overrun by a large volume of appeals on interim and interlocutory orders made in the context of a criminal proceeding, where Parliament has decided it best that such appeals be conducted in an orderly fashion at the conclusion of the trial and in accordance with the procedures provided in the *Criminal Code*.

minelle. En cette matière, nous ne pouvons pas et ne voulons pas nous attribuer compétence. Mais la méthode d'interprétation en fonction de l'objet de l'art. 40 exige que la Cour s'attribue compétence lorsqu'aucun autre tribunal d'appel ne peut le faire, sauf si une disposition interdit explicitement tout pourvoi. Le paragraphe 40(1) garantit que, même en l'absence de disposition législative précise sur la compétence, la Cour peut combler le vide jusqu'à ce que le législateur trouve une solution satisfaisante. Parallèlement, le par. 40(3) garantit que la Cour n'est pas ensevelie sous une avalanche d'appels interjetés contre des ordonnances provisoires et interlocutoires rendues dans le cadre de procédures criminelles, le législateur ayant décidé qu'il était préférable que de tels appels soient interjetés de façon ordonnée à la conclusion du procès et conformément aux procédures prescrites par le *Code criminel*.

21

The situations in which this Court has jurisdiction under s. 40 of the *Supreme Court Act* over direct appeals from the court of first instance are, therefore, appeals where (a) an order deals with issues ancillary, or not integrally related, to the guilt or innocence of the accused; and (b) where there is no other available right of appeal or any explicit bar to appeal. In this case, the publication ban was not integrally related to the guilt or innocence of the accused. It was neither intended to preserve the fair trial rights of the accused, nor to secure evidence that might lose its value in the context of the trial if widely known. Rather, it was sought in order to maintain the secrecy of police operations in other investigations, where breach of such secrecy was alleged to endanger the efficacy of these investigations. In addition, there was no other possible route of appeal in this case. The publication ban was issued by a superior court judge, not a provincial court judge. An order by a provincial court judge could be reviewed by way of the exceptional remedy of *certiorari*: *Dagenais, supra*, at p. 865. The harm caused by the issue or refusal of the ban could not be cured by the outcome of the trial, making this interlocutory order "final". No appeal was available under s. 676(1) of the *Criminal Code*, and neither the *Code* nor s. 40(3) of the *Supreme Court Act* bars the

Les cas dans lesquels, aux termes de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, la Cour a compétence sur les appels interjetés directement contre les décisions du tribunal de première instance sont donc les appels a) où l'ordonnance porte sur des questions accessoires à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé ou sur des questions qui ne font pas partie intégrante de la question de la culpabilité ou de l'innocence; et b) où il n'existe pas d'autre droit d'appel ni d'interdiction explicite d'interjeter appel. Ici, l'interdiction de publication ne faisait pas partie intégrante de la question de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. Cette interdiction ne visait pas à préserver le droit de l'accusé à un procès équitable ni à protéger des éléments de preuve susceptibles de perdre leur valeur dans le contexte du procès s'ils étaient connus du grand public. Le but de l'interdiction était plutôt de garder secrètes les opérations menées par la police dans d'autres enquêtes où, allégué-t-on, la communication du secret compromettrait l'efficacité de ces enquêtes. En outre, il n'existait aucune autre voie d'appel possible en l'espèce. L'ordonnance de non-publication a été rendue par un juge d'une cour supérieure, et non par un juge d'une cour provinciale. Une ordonnance rendue par un juge d'une cour provinciale pourrait être révisée par voie du redressement extraordinaire du *certiorari* (*Dagenais*, précité, p. 865). L'issue du

appeal. I therefore conclude that this Court has jurisdiction to hear the appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act*.

B. *The Publication Ban*

(1) The Relevant Legal Principles

In considering whether this publication ban ought to have been issued, the starting point is once again this Court's decision in *Dagenais, supra*. In *Dagenais*, as I discussed above, an order was sought by four accused persons prohibiting the broadcast of a fictional television mini-series depicting factual circumstances extremely similar to the facts in issue at each of their trials, namely, physical and sexual abuse of young boys at religious training institutions. There, as here, the ban was sought on the basis of the court's common law jurisdiction to order publication bans. However, the specific rationale for the publication ban in that case was, unlike in the instant case, the need to guard the fair trial interests of accused persons.

Lamer C.J. found that the "pre-*Charter* common law rule governing publication bans emphasized the right to a fair trial over the free expression interests of those affected by the ban". (*Dagenais, supra*, at p. 877). Given the courts' obligation to develop the common law in a manner consistent with *Charter* values, however, he found that it was inappropriate to continue assigning this priority to the right of the accused to a fair trial, when s. 2(b) of the *Charter* recognized an equally important right to freedom of expression. Instead, he adopted a new approach to assessing whether a common law publication ban should be ordered. This new approach aimed to balance both the right to a fair trial and the right to freedom of expression rather than enshrining one at the expense of the other. The approach adopted was intended to reflect the substance of the *Oakes* test

procès ne peut remédier au préjudice causé par la décision d'ordonner ou non l'interdiction de publication, de sorte que cette ordonnance interlocutoire est « finale ». On ne peut invoquer le par. 676(1) du *Code criminel* pour interjeter appel, et ni le *Code* ni le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême* n'interdisent l'appel. Je conclus donc que la Cour a compétence en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* pour entendre le pourvoi.

B. *L'interdiction de publication*

(1) Les principes de droit pertinents

Pour décider si cette interdiction de publication aurait dû être rendue, il faut une fois de plus se reporter à l'arrêt *Dagenais*, précité. Dans cet arrêt, comme je l'ai mentionné précédemment, quatre accusés ont sollicité une ordonnance interdisant la diffusion d'une mini-série télévisée décrivant des faits fictifs extrêmement semblables aux faits en cause dans leur procès respectif, à savoir les abus physiques et sexuels commis sur de jeunes garçons dans des institutions d'éducation religieuses. Dans cette affaire, comme en l'espèce, on a sollicité l'interdiction en se fondant sur la compétence de common law du tribunal d'ordonner des interdictions de publication. Toutefois, contrairement à la présente affaire, le fondement de l'interdiction de publication dans cette affaire était la nécessité de protéger le droit des accusés à un procès équitable.

Le juge en chef Lamer a conclu que la « règle de common law qui, avant l'adoption de la *Charte*, régissait les ordonnances de non-publication, accordait une plus grande importance au droit à un procès équitable qu'à la liberté d'expression de ceux qui étaient touchés par l'interdiction » (*Dagenais*, précité, p. 877). Toutefois, compte tenu de l'obligation des tribunaux de faire évoluer la common law d'une manière compatible avec les valeurs de la *Charte*, il a jugé inopportun de continuer à privilégier le droit de l'accusé à un procès équitable alors que l'al. 2b) de la *Charte* reconnaît le droit tout aussi important à la liberté d'expression. Il a plutôt adopté une nouvelle méthode pour décider si une interdiction de publication en common law devait être ordonnée, qui consistait à pondérer le droit à un procès équitable et le droit à la liberté d'expression plutôt qu'à

22

23

and its valuable function in determining what reasonable limits on the rights to be balanced might be. Accordingly, in *Dagenais*, *supra*, Lamer C.J. found at p. 878, that:

A publication ban should only be ordered when:

- (a) Such a ban is necessary in order to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and
- (b) The salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects to the free expression of those affected by the ban. [Emphasis in original.]

24

This Court considered a similar issue — the power to exclude media and the public from a trial — in *New Brunswick*, *supra*. In that case, the Crown moved to exclude the public and the media from the portion of a sentencing proceeding for sexual assault and sexual interference dealing with the specific acts committed by the accused (who had pled guilty). The trial judge, acting pursuant to s. 486(1) of the *Criminal Code*, granted the order. At the request of the C.B.C., the trial judge gave reasons, which set out that he had granted the order in the interests of “the proper administration of justice”, and specifically on the basis that the order would avoid “undue hardship on the persons involved, both the victims and the accused” (para. 79). The C.B.C. then brought a *Charter* challenge to s. 486(1). The Court of Queen’s Bench concluded that s. 486(1) offended the right of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter* but was justifiable under s. 1. The Court of Appeal affirmed this judgment.

25

La Forest J., writing for a unanimous Court in *New Brunswick*, *supra*, found that the exclusion of the public and media from the courtroom under s. 486(1) was a violation of the freedom of the press under s. 2(b). Section 486(1) restricted expressive

consacrer l’un au détriment de l’autre. La méthode adoptée avait pour but de refléter l’essence du critère énoncé dans *Oakes* ainsi que le rôle fort utile du critère quand il s’agit d’établir les limites raisonnables des droits à pondérer. En conséquence, le juge en chef Lamer, dans *Dagenais*, précité, a conclu à la p. 878 :

Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l’absence d’autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la libre expression de ceux qui sont touchés par l’ordonnance. [Souligné dans l’original.]

La Cour a examiné une question semblable — le pouvoir de refuser aux médias et au public l’accès à un procès — dans *Nouveau-Brunswick*, précité. Dans cette affaire, le ministère public a présenté une requête demandant l’exclusion du public et des médias pour la partie de la procédure de détermination de la peine en matière d’agression sexuelle et de contacts sexuels qui portait sur les actes précis commis par l’accusé (qui avait plaidé coupable). Se fondant sur le par. 486(1) du *Code criminel*, le juge du procès a accordé l’ordonnance. À la demande de la S.R.C., il a motivé l’ordonnance, expliquant qu’il l’a rendue dans l’intérêt de « la bonne administration de la justice » et, plus particulièrement, parce qu’elle éviterait « un préjudice indu . . . aux personnes concernées, tant les victimes que l’accusé » (par. 79). La S.R.C. a alors présenté une contestation fondée sur la *Charte* à l’égard du par. 486(1). La Cour du Banc de la Reine a conclu que le par. 486(1) portait atteinte au droit à la liberté d’expression garanti par l’al. 2b) de la *Charte*, mais que sa justification pouvait se démontrer en vertu de l’article premier. La Cour d’appel a confirmé ce jugement.

Au nom de la Cour à l’unanimité dans *Nouveau-Brunswick*, précité, le juge La Forest a conclu que l’exclusion du public et des médias de la salle d’audience conformément au par. 486(1) constituait une violation de la liberté de la presse

activity on its face by providing a “discretionary bar on public and media access to the courts”: *New Brunswick, supra*, at para. 33. However, La Forest J. also found that the violation was a reasonable limit demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*, provided that the discretion was exercised in accordance with the *Charter*’s demands in each individual case. He then found, building on the Court’s decision in *Dagenais*, that the trial judge must conduct a similar exercise in applying s. 486(1) as in applying the common law rule. That is, a judge, in exercising the discretion provided by s. 486(1), must:

- (a) . . . consider the available options and consider whether there are any other reasonable and effective alternatives available;
- (b) . . . consider whether the order is limited as much as possible; and
- (c) . . . weigh the importance of the . . . particular order and its probable effects against the importance of openness and the particular expression that will be limited in order to ensure that the positive and negative effects of the order are proportionate.

(*New Brunswick, supra*, at para. 69)

La Forest J. also noted that the burden of displacing the presumption of openness rested on the party applying for the exclusion of the media and public. Furthermore, he found that there must be a sufficient evidentiary basis on the record from which a trial judge could properly assess the application (which may be presented in a *voir dire*), and which would allow a higher court to review the exercise of discretion: *New Brunswick*, at para. 69. In considering the various factors, La Forest J. found that the order granted to protect the complainants was improperly granted. The evidence of potential undue hardship to the complainants, which primarily rested on the Crown’s submission that the evidence to be brought was of a “‘delicate’ nature”, did not displace the presumption in favour of an open court.

garantie par l’al. 2b). À première vue, le par. 486(1) limitait les activités d’expression en prévoyant un « pouvoir discrétionnaire permettant d’interdire au public et aux médias l’accès aux tribunaux » (*Nouveau-Brunswick*, précité, par. 33). Cependant, le juge La Forest a également conclu que la violation constituait une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer en vertu de l’article premier de la *Charte*, pourvu que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux exigences de la *Charte* dans chaque cas. Partant de l’arrêt *Dagenais*, il a alors exprimé l’avis que le juge du procès doit se livrer au même exercice pour l’application du par. 486(1) que pour celle de la règle de common law, à savoir que le juge exerçant le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 486(1) doit :

- a) . . . envisager les solutions disponibles et se demander s’il existe d’autres mesures de rechange raisonnables et efficaces;
- b) . . . se demander si l’ordonnance a une portée aussi limitée que possible; et
- c) . . . comparer l’importance [...] de l’ordonnance et de ses effets probables avec l’importance de la publicité des procédures et l’activité d’expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que les effets positifs et négatifs de l’ordonnance soient proportionnels.

(*Nouveau-Brunswick*, précité, par. 69)

Le juge La Forest a en outre souligné qu’il incombait à la partie demandant l’exclusion des médias et du public de justifier la dérogation à la règle de la publicité des procédures. De plus, il a conclu que le dossier doit comporter suffisamment d’éléments de preuve pour que le juge du procès soit en mesure de bien apprécier la demande (qui peut être présentée lors d’un *voir-dire*) et pour qu’un tribunal d’instance supérieure puisse contrôler l’exercice du pouvoir discrétionnaire (*Nouveau-Brunswick*, par. 69). En examinant les différents facteurs, le juge La Forest a estimé que l’ordonnance visant à protéger les plaignants avait été accordée à tort. La preuve d’un possible préjudice indu aux plaignants, qui reposait principalement sur l’argument du ministère public selon lequel la preuve à présenter était de « nature [...] “délicate” », n’a pas réfuté la présomption en faveur d’un procès public.

27 Both *Dagenais* and *New Brunswick* set out a similar approach to be used in deciding whether to order publication bans, in view of the rights to freedom of expression and freedom of the press protected by s. 2(b) of the *Charter*. This approach, in ensuring that the judicial discretion to order publication bans is subject to no lower a standard of compliance with the *Charter* than legislative enactment, incorporates the essence of s. 1 of the *Charter* and the *Oakes* test. In my view, the same principles are to be applied in cases such as the instant case.

28 *Dagenais* involved the proper application of a common law rule allowing publication bans. The ban in this case was also sought pursuant to the common law jurisdiction of the Queen's Bench as a Superior Court. However, the facts of this case invoke a different purpose and different interests from those raised by the facts of *Dagenais*. While the Court in *Dagenais* was required to reconcile the accused's interest in a fair trial with society's interest in freedom of expression, the accused's right to a fair trial in this case is not, and was never, in issue. Indeed, the accused wishes to have the information disclosed, and views the publication of certain of the details of his arrest and trial as essential to the fulfilment of his fair trial interest. Instead, it is the Crown that seeks a publication ban in order to protect the safety of police officers and preserve the efficacy of undercover police operations. Thus, a literal application of the test as set out in *Dagenais* will not properly account for the interests to be balanced.

29 The form of the test set out in *Dagenais* must, therefore, be reconfigured to account for the different purpose for which the order is sought and the different effects it will have. Lamer C.J. recognized in *Dagenais* that publication bans have a variety of purposes and effects. Significantly, he noted, at p. 882, that:

Les arrêts *Dagenais* et *Nouveau-Brunswick* ont établi une méthode semblable à utiliser pour décider s'il faut ordonner une interdiction de publication, compte tenu des droits à la liberté d'expression et à la liberté de la presse que protège l'al. 2b) de la *Charte*. En garantissant que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'ordonner des interdictions de publication n'est pas assujéti à une norme de conformité à la *Charte* moins exigeante que la norme applicable aux dispositions législatives, cette méthode allie l'essence de l'article premier de la *Charte* et le critère énoncé dans *Oakes*. Selon moi, il faut appliquer les mêmes principes dans les affaires comme la présente.

L'arrêt *Dagenais* portait sur la bonne application d'une règle de common law permettant les interdictions de publication. En l'espèce, on sollicitait également l'interdiction en s'appuyant sur la compétence de common law de la Cour du Banc de la Reine en tant que cour supérieure. Les faits de l'espèce mettent cependant en jeu un objet et des droits différents de ceux que soulevaient les faits dans *Dagenais*. Alors que dans *Dagenais*, le tribunal devait concilier le droit de l'accusé à un procès équitable avec le droit de la société à la liberté d'expression, le droit de l'accusé à un procès équitable n'est pas, et n'a jamais été, en cause en l'espèce. En fait, l'accusé souhaite la communication des renseignements et considère la médiatisation de certains détails de son arrestation et de son procès comme essentielle au respect de son droit à un procès équitable. C'est plutôt le ministère public qui sollicite une interdiction de publication dans le but de protéger la sécurité des policiers et de maintenir l'efficacité des opérations policières secrètes. Par conséquent, l'application littérale du critère énoncé dans *Dagenais* ne permet pas de bien tenir compte des droits à pondérer.

Il faut donc reformuler le critère établi dans *Dagenais* de manière à prendre en compte l'objet différent visé par la demande d'ordonnance et les effets différents de l'ordonnance. Le juge en chef Lamer a déjà reconnu dans cet arrêt que les interdictions de publication avaient des objets et des effets divers. Fait important, il a souligné, à la p. 882, que :

. . . it is not the case that freedom of expression and the accused's right to a fair trial are always in conflict. Sometimes publicity serves important interests in the fair trial process. For example, in the context of publication bans connected to criminal proceedings, these interests include the accused's interest in public scrutiny of the court process, and all the participants in the court process.

This appeal implicates precisely that interest. The accused has a *Charter* right to a "fair and public hearing", guaranteed by s. 11(d), which he has invoked in opposition to the publication ban. The right to freedom of expression, argued by the interveners the Winnipeg Free Press and the Brandon Sun, also falls to the side opposing the publication ban. Were we to simply weigh, as in *Dagenais*, the accused's right to a fair trial and the public interest in freedom of expression, this would be an open and shut inquiry, since both of the competing interests recognized in the factual context of *Dagenais* are aligned in opposition to granting the ban.

However, the common law rule under which the trial judge considered the publication ban in this case is broader than its specific application in *Dagenais*. The rule can accommodate orders that must occasionally be made in the interests of the administration of justice, which encompass more than fair trial rights. As the test is intended to "reflec[t] the substance of the *Oakes* test", we cannot require that *Charter* rights be the only legitimate objective of such orders any more than we require that government action or legislation in violation of the *Charter* be justified exclusively by the pursuit of another *Charter* right. *Dagenais*, *supra*, at p. 878. *Dagenais* envisioned situations where the right to a fair trial and the right to free expression directly conflicted, and the specific terms Lamer C.J. used in that case were tailored to apply in that situation. Accordingly, the test we must apply in order to determine whether the common law rule allowing trial judges to issue publication bans in the interest of the proper administration of justice will differ in specific content from the

. . . il est faux de dire que la liberté d'expression et le droit de l'accusé à un procès équitable sont toujours opposés. Il arrive parfois que la publicité serve d'importants droits dans le contexte d'un procès équitable. Ainsi, en matière d'interdictions de publication liées à des procédures criminelles, ces droits incluent celui de l'accusé à un examen public du processus judiciaire et celui de tous les participants à ce processus.

Le présent pourvoi met en jeu précisément ce droit. L'accusé jouit du droit à un « procès public et équitable », garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, droit qu'il a invoqué à l'encontre de l'interdiction de publication. Le droit à la liberté d'expression, qu'ont invoqué les intervenants, le Winnipeg Free Press et le Brandon Sun, milite également contre l'interdiction de publication. Si nous avons simplement à soupeser, comme dans *Dagenais*, le droit de l'accusé à un procès équitable et le droit du public à la liberté d'expression, le résultat ne fait aucun doute étant donné que les droits opposés reconnus dans le contexte factuel de *Dagenais* s'opposent tous deux à l'octroi de l'interdiction.

Toutefois, la règle de common law d'après laquelle le juge du procès a examiné l'interdiction de publication en l'espèce est plus large que l'application particulière qu'elle a reçue dans *Dagenais*. Elle peut s'appliquer aux ordonnances qui doivent parfois être rendues dans l'intérêt de l'administration de la justice, qui englobe davantage que le droit à un procès équitable. Comme on veut que le critère « reflète [. . .] l'essence du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* », nous ne pouvons pas exiger que ces ordonnances aient pour seul objectif légitime les droits garantis par la *Charte*, pas plus que nous exigeons que les actes gouvernementaux et les dispositions législatives contrevenant à la *Charte* soient justifiés exclusivement par la recherche d'un autre droit garanti par la *Charte* (*Dagenais*, précité, p. 878). *Dagenais* envisageait les cas où le droit à un procès équitable et le droit à la liberté d'expression s'opposent directement, et le juge en chef Lamer a choisi des termes qui s'appliquaient précisément à la situation en cause dans cette affaire. Il s'ensuit que le critère que nous devons appliquer pour déterminer si la règle de common law qui permet au juge

30

31

test used in *Dagenais*, though not in basic principle.

du procès d'ordonner des interdictions de publication dans l'intérêt de la bonne administration de la justice diffère en teneur du critère utilisé dans *Dagenais*, les principes fondamentaux restant les mêmes.

32

The *Dagenais* test requires findings of (a) necessity of the publication ban, and (b) proportionality between the ban's salutary and deleterious effects. However, while *Dagenais* framed the test in the specific terms of the case, it is now necessary to frame it more broadly so as to allow explicitly for consideration of the interests involved in the instant case and other cases where such orders are sought in order to protect other crucial aspects of the administration of justice. In assessing whether to issue common law publication bans, therefore, in my opinion, a better way of stating the proper analytical approach for cases of the kind involved herein would be:

Le critère de *Dagenais* exige qu'il soit conclu a) à la nécessité de l'interdiction de publication et b) à la proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de l'interdiction. Cependant, alors que *Dagenais* a formulé le critère selon les termes propres à l'affaire, il est maintenant nécessaire de l'élargir de manière à permettre explicitement qu'il soit tenu compte des droits en cause, en l'espèce et dans les autres affaires où on demande une telle ordonnance, afin de protéger d'autres aspects cruciaux de l'administration de la justice. J'estime donc que, pour décider s'il y a lieu d'ordonner une interdiction de publication en common law, il est préférable d'énoncer ainsi la méthode analytique applicable dans les affaires de la même nature que la présente affaire :

A publication ban should only be ordered when:

Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

(a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and

a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

(b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice.

b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice.

33

This reformulation of the *Dagenais* test aims not to disturb the essence of that test, but to restate it in terms that more plainly recognize, as Lamer C.J. himself did in that case, that publication bans may invoke more interests and rights than the rights to trial fairness and freedom of expression. This version encompasses the analysis conducted in *Dagenais*, and Lamer C.J.'s discussion of the relative merits of publication bans remains relevant. Indeed, in those common law publication ban cases where

Cette reformulation du critère de *Dagenais* ne vise pas à en modifier l'essentiel, mais à l'exprimer en des termes qui reconnaissent plus clairement, comme le juge en chef Lamer lui-même l'a fait dans cette affaire, que les interdictions de publication peuvent entraîner l'application de plus d'intérêts et de droits que les seuls droits à un procès équitable et à la liberté d'expression. Cette version du critère englobe l'analyse effectuée dans *Dagenais*, et l'analyse du juge en chef Lamer des

only freedom of expression and trial fairness issues are raised, the test should be applied precisely as it was in *Dagenais*. For cases where concerns about the proper administration of justice other than those two *Charter* rights are raised, the present, broader approach, will allow these concerns to be weighed as well. There may also be other cases which raise interests other than the administration of justice, for which a similar approach would be used, depending of course on the particular danger at issue and rights and interests at stake.

I would add some general comments that should be kept in mind in applying the test. The first branch of the test contains several important elements that can be collapsed in the concept of “necessity”, but that are worth pausing to enumerate. One required element is that the risk in question be a serious one, or, as Lamer C.J. put it at p. 878 in *Dagenais*, a “real and substantial” risk. That is, it must be a risk the reality of which is well-grounded in the evidence. It must also be a risk that poses a serious threat to the proper administration of justice. In other words, it is a serious danger sought to be avoided that is required, not a substantial benefit or advantage to the administration of justice sought to be obtained.

A second element is the meaning of “the proper administration of justice”. I do not wish to restrict unduly the kind of dangers which may make a ban necessary, as discretion is an essential aspect of the common law rule in question. However, judges should be cautious in deciding what can be regarded as part of the administration of justice. Obviously the use of police operatives and informers is part of the administration of justice, as are such practices as witness protection programs. However, courts should not interpret that term so widely as to keep secret

mérites relatifs des interdictions de publication demeure pertinente. En fait, dans les affaires d’interdiction de publication régies par la règle de common law où il n’est question que de la liberté d’expression et du droit à un procès équitable, le critère doit être appliqué tel qu’il est énoncé dans *Dagenais*. Dans les affaires où l’on soulève d’autres préoccupations en matière de bonne administration de la justice que ces deux droits garantis par la *Charte*, la méthode actuelle, plus vaste, permettra de tenir également compte de ces préoccupations. Il peut exister aussi des cas où les questions soulevées ne portent pas sur l’administration de la justice et pour lesquels on peut recourir à une méthode analogue, tout dépend naturellement du danger en cause ainsi que des droits et intérêts en jeu.

Je voudrais ajouter quelques commentaires d’ordre général dont il faut tenir compte dans l’application du critère. Le premier volet du critère comporte plusieurs éléments importants qu’on peut résumer par la notion de « nécessité », mais qu’il vaut la peine d’énumérer. L’un des éléments requis veut que le risque en question soit sérieux ou, pour reprendre l’expression du juge en chef Lamer dans *Dagenais*, p. 878, « réel et important ». Il doit donc s’agir d’un risque dont l’existence est bien appuyée par la preuve. Il doit également s’agir d’un risque qui constitue une menace sérieuse pour la bonne administration de la justice. En d’autres termes, il faut que ce soit un danger grave que l’on cherche à éviter, et non un important bénéfice ou avantage pour l’administration de la justice que l’on cherche à obtenir.

Le deuxième élément est le sens de l’expression « la bonne administration de la justice ». Je ne souhaite pas restreindre indûment le genre de dangers susceptibles de rendre une interdiction nécessaire, puisque le pouvoir discrétionnaire constitue un aspect essentiel de la règle de common law en question. Cependant, les juges doivent faire preuve de prudence lorsqu’ils décident ce qui peut être considéré comme faisant partie de l’administration de la justice. Il est évident que le recours à des agents banalisés et à des indicateurs de police fait partie de l’administration de la justice, tout

34

35

a vast amount of enforcement information the disclosure of which would be compatible with the public interest.

comme les pratiques telles que les programmes de protection des témoins. Les tribunaux ne doivent toutefois pas interpréter cette expression d'une façon large au point de garder secrets un grand nombre de renseignements relatifs à l'application de la loi, dont la communication serait compatible avec l'intérêt public.

36

The third element I wish to mention was recognized by La Forest J. in *New Brunswick, supra*, at para. 69, when he formulated the three part test discussed above. La Forest J.'s second step is clearly intended to reflect the minimal impairment branch of the *Oakes* test, and the same component is present in the requirement at common law that lesser alternative measures not be able to prevent the risk. This aspect of the test for common law publication bans requires the judge not only to consider whether reasonable alternatives are available, but also to restrict the order as far as possible without sacrificing the prevention of the risk.

Le troisième élément que je désire mentionner a été reconnu par le juge La Forest dans *Nouveau-Brunswick*, précité, par. 69, lorsque celui-ci a formulé le critère à trois volets analysé précédemment. Le deuxième volet qu'il a énoncé vise manifestement à refléter le volet de l'atteinte minimale du critère de *Oakes*, et la même composante se trouve dans l'exigence de common law selon laquelle des mesures de rechange moins exigeantes ne permettent pas de prévenir le risque. Cet aspect du critère applicable aux interdictions de publication en common law exige non seulement que le juge détermine s'il existe des mesures de rechange raisonnables, mais aussi qu'il limite l'ordonnance autant que possible sans pour autant sacrifier la prévention du risque.

37

It also bears repeating that the relevant rights and interests will be aligned differently in different cases, and the purposes and effects invoked by the parties must be taken into account in a case-specific manner. Where the accused is seeking the publication ban on the basis that his trial will be compromised, a judge would improperly apply the test if he relied on the right to a public trial to the disadvantage of the accused. This test exists to ground the exercise of discretion in a constitutionally sound manner, not to command the same result in every case. Trial judges must, at the outset, use their best judgment to determine which rights and interests are in conflict. In most cases this will not be overly onerous. The parties will frame their arguments in terms that make clear the interests they feel are threatened by the issuance or refusal of a publication ban and those they are ready to sacrifice in the face of the threat.

Il vaut également la peine de répéter que les droits et intérêts pertinents se situent différemment les uns par rapport aux autres dans des cas différents, et il faut prendre en considération au cas par cas les objets et les effets que les parties invoquent. Dans les cas où c'est l'accusé qui sollicite l'interdiction de publication au motif que son procès sera compromis, le juge qui se fonderait sur le droit à un procès public au détriment de l'accusé appliquerait mal le critère. Ce critère existe pour fonder l'exercice du pouvoir discrétionnaire conformément à la Constitution, et non pas pour forcer le même résultat dans chaque cas. Le juge du procès doit, dès le départ, utiliser son jugement pour déterminer quels sont les droits et intérêts qui s'opposent. Dans la plupart des cas, cela ne sera pas très difficile. Les parties formuleront leurs arguments en des termes indiquant clairement les intérêts qu'elles considèrent comme menacés par la délivrance ou la non-délivrance d'une interdiction de publication et ceux qu'elles sont prêtes à sacrifier face à la menace.

In some cases, however, most notably when there is no party or intervener present to argue the interests of the press and the public to free expression, the trial judge must take account of these interests without the benefit of argument. The consideration of unrepresented interests must not be taken lightly, especially where *Charter*-protected rights such as freedom of expression are at stake. It is just as true in the case of common law as it is of statutory discretion that, as La Forest J. noted, “[t]he burden of displacing the general rule of openness lies on the party making the application”: *New Brunswick, supra*, at para. 71; *Dagenais, supra*, at p. 875. Likewise, to again quote La Forest J. (at paras. 72-73):

There must be a sufficient evidentiary basis from which the trial judge may assess the application and upon which he or she may exercise his or her discretion judicially. . . .

A sufficient evidentiary basis permits a reviewing court to determine whether the evidence is capable of supporting the decision.

In cases where the right of the public to free expression is at stake, however, and no party comes forward to press for that right, the judge must consider not only the evidence before him, but also the demands of that fundamental right. The absence of evidence opposed to the granting of a ban, that is, should not be taken as mitigating the importance of the right to free expression in applying the test.

It is precisely because the presumption that courts should be open and reporting of their proceedings should be uncensored is so strong and so highly valued in our society that the judge must have a convincing evidentiary basis for issuing a ban. Effective investigation and evidence gathering, while important in its own right, should not be regarded as weakening the strong presumptive public interest, which may go unargued by counsel more frequently as the number of applications for publication bans increases, in a transparent court system and in generally unrestricted speech on

Dans certains cas, toutefois, surtout lorsqu’il n’y a aucune partie ou aucun intervenant pour défendre le droit de la presse et du public à la liberté d’expression, le juge du procès doit tenir compte de ces intérêts sans avoir eu l’avantage d’entendre des arguments à leur sujet. Il ne faut pas prendre à la légère ces intérêts que personne ne défend, surtout lorsque des droits protégés par la *Charte*, comme la liberté d’expression, sont en jeu. Il est tout aussi vrai en common law qu’en matière de pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, comme le juge La Forest l’a souligné, que « [c]’est à la partie qui présente la demande qu’incombe la charge de justifier la dérogation à la règle générale de la publicité des procédures » (*Nouveau-Brunswick*, précité, par. 71; *Dagenais*, précité, p. 875). De même, pour reprendre une fois de plus les propos du juge La Forest (aux par. 72-73) :

Le juge du procès doit disposer d’une preuve suffisante pour être en mesure d’apprécier la demande et d’exercer son pouvoir discrétionnaire de manière judiciaire. . . .

Quand la preuve disponible est suffisante, le tribunal qui contrôle la décision est alors à même de déterminer si celle-ci est étayée par la preuve.

Toutefois, dans les cas où le droit du public à la liberté d’expression est en jeu et qu’aucune partie ne prend l’initiative de défendre ce droit, le juge doit examiner non seulement la preuve dont il est saisi, mais aussi les exigences de ce droit fondamental. Il ne faut donc pas interpréter l’absence de preuve défavorable à l’octroi d’une interdiction comme atténuant l’importance du droit à la liberté d’expression dans l’application du critère.

C’est justement parce que la présomption voulant que les procédures judiciaires soient publiques et que leur diffusion ne soit pas censurée est si forte et si valorisée dans notre société que le juge doit disposer d’une preuve convaincante pour ordonner une interdiction. Même s’il importe en soi que l’enquête et la collecte d’éléments de preuve soient efficaces, elles ne doivent pas être considérées comme affaiblissant la forte présomption en faveur d’un système judiciaire transparent et d’une liberté d’expression généralement absolue sur des questions aussi importantes pour le public que

matters of such public importance as the administration of justice.

(2) Application to the Present Appeal

(a) *Necessity*

40

The test set out above requires an initial consideration of what the rights and interests at issue are, and whether they militate for or against the issue of a ban, before proceeding to evaluate the purpose and effects of the ban. In this case, the interest put forward by the Crown, seeking the publication ban, was the interest of proper administration of justice. Therefore we must assess whether the ban was necessary in order to protect the proper administration of justice, not specifically in order to protect the right of the accused to a fair trial. Although the right to a fair trial is certainly a part of the proper administration of justice, the accused opposed the ban on the strength of his other s. 11 right, the right to a public trial. In addition, the trial is now long over and the right to a fair trial no longer has an immediate relevance for this accused. Thus, it would be inappropriate to consider the accused's fair trial rights under the first branch of the analysis. The second stage is the appropriate place to weigh the effects of the ban — once it has been shown to be necessary in light of its objective — on other rights and interests. Under the second branch, in this appeal, we must weigh the effects of the ban on (a) the right of the accused to a public trial; (b) the right of the public and the press to freedom of expression; and (c) the efficacy of the administration of justice.

(i) *Ban as to Operational Methods*

41

In considering the first step of the analysis, it is helpful to review what is sought to be concealed in this case. The Crown contends that undercover police operations such as the one employed against

l'administration de la justice, présomption que les avocats risquent d'invoquer de moins en moins au fur et à mesure qu'augmente le nombre de demandes d'interdictions de publication.

(2) L'application au présent pourvoi

a) *La nécessité*

Le critère énoncé précédemment exige qu'on détermine tout d'abord les droits et intérêts en cause et qu'on se demande s'ils militent pour ou contre la délivrance d'une interdiction avant de passer à l'évaluation de l'objet et des effets de cette interdiction. En l'espèce, en sollicitant l'interdiction de publication, le ministère public a fait valoir l'intérêt que constitue la bonne administration de la justice. Nous devons donc déterminer si l'interdiction était nécessaire pour la protection de la bonne administration de la justice, et non pas particulièrement pour la protection du droit de l'accusé à un procès équitable. Le droit à un procès équitable fait certes partie de la bonne administration de la justice, mais c'est l'accusé qui s'est opposé à l'interdiction en invoquant son autre droit garanti par l'art. 11, le droit à un procès public. En outre, le procès est maintenant terminé depuis longtemps et le droit à un procès équitable ne présente plus un intérêt immédiat pour l'accusé. Il ne conviendrait donc pas d'examiner le droit de l'accusé à un procès équitable dans le cadre du premier volet de l'analyse. Le deuxième volet est celui dans le cadre duquel il convient d'évaluer les effets de l'interdiction sur les autres droits et intérêts, une fois qu'il a été démontré que cette évaluation était nécessaire compte tenu de l'objectif de l'interdiction. Selon le deuxième volet, nous devons apprécier dans le présent pourvoi les effets de l'interdiction sur : a) le droit de l'accusé à un procès public; b) le droit du public et de la presse à la liberté d'expression; et c) l'efficacité de l'administration de la justice.

(i) *L'interdiction de publier les méthodes d'enquête*

Dans l'examen du premier volet de l'analyse, il est utile d'examiner ce dont on veut interdire la diffusion en l'espèce. Le ministère public soutient que les opérations policières secrètes comme celle dont

the respondent may be compromised if the details of such operations are publicized in the mass media. The level of detail claimed to constitute a danger to ongoing and future operations, if disclosed, is relatively general. In the Crown's submission, the following ten facts, the "hallmarks of the operation", must be kept from wide dissemination:

- that Mentuck was given the opportunity to join a criminal organization that would provide him with the potential to earn large sums of money so long as he showed his loyalty by confessing any past criminal activity;
- that he was told that the undercover operator was in trouble with the "Crime Boss" because it was believed that he had recruited a liar;
- that he was asked to pick up a parcel from a bus depot locker and turn the key over to the operator;
- that he was asked to pick up and deliver a vehicle on the instructions of the operator;
- that he was asked to stand guard and report any strange happenings while the undercover operator attended a meeting;
- that he was asked to help count large sums of money;
- that he was paid substantial sums of money for completing these tasks;
- that he met with the "Crime Boss" in a hotel room;
- that he was told he needed to provide details of his involvement in the death of Amanda Cook so that arrangements could be made for a person dying of cancer to confess to the crime;
- that he was told he would be assisted in suing the government for wrongful imprisonment and would be allowed to keep a minimum of \$85,000 or 10% of the settlement, whichever was larger.

The Crown submits that these "hallmarks of the operation" need not be kept entirely secret by the publication ban, but that they must be kept out of the mass media, since the type of persons targeted

l'intimé a fait l'objet sont susceptibles d'être compromises si les détails de ces opérations sont médiatisés. Les détails que l'on prétendait constituer un danger pour les opérations en cours et futures, s'ils sont divulgués, sont de nature assez générale. Selon l'argument du ministère public, les dix faits suivants, les [TRADUCTION] « principaux aspects de l'opération », ne doivent pas être diffusés au grand public :

[TRADUCTION]

- Mentuck a eu la possibilité d'adhérer à un gang qui lui fournirait l'occasion de gagner de grosses sommes d'argent pourvu qu'il fasse preuve de loyauté en admettant ses activités criminelles antérieures;
- on lui a dit que l'agent banalisé avait des problèmes avec le « patron du gang » parce que celui-ci croyait que l'agent avait recruté un menteur;
- on lui a demandé d'aller chercher un colis dans un casier d'un terminus d'autobus et de remettre la clé à l'agent;
- on lui a demandé de prendre et de livrer un véhicule selon les instructions de l'agent;
- on lui a demandé de monter la garde et de signaler tout fait étrange survenant pendant que l'agent assistait à une réunion;
- on lui a demandé d'aider à compter de grosses sommes d'argent;
- on lui a versé des sommes importantes pour ces tâches;
- il a rencontré le « patron du gang » dans une chambre d'hôtel;
- on lui a dit qu'il devait donner des détails sur son rôle dans la mort d'Amanda Cook pour qu'on puisse faire en sorte qu'une personne se mourant du cancer admette avoir commis le crime;
- on lui a dit qu'on l'aiderait à poursuivre le gouvernement pour emprisonnement illégal et qu'on lui permettrait de garder au moins le montant le plus élevé entre 85 000 \$ et 10 % du montant du règlement.

Le ministère public soutient que l'interdiction de publication ne doit pas nécessairement passer entièrement sous silence ces « principaux aspects de l'opération », mais qu'il ne faut pas que les médias

by these operations are much more likely to have access to recent copies of newspapers and to television news reports than to, for instance, legal journals and law reports. Assuming that these publications can be properly identified, this would mean that lawyers, law professors and law students would be aware of the police practices, but not the general public. I find that result disquieting to say the least. But leaving that aside, if persons who are currently, or who may be prospectively, the targets of such operations read accounts of the respondent's investigation, the appellant argues, they may recognize similar experiences that have been orchestrated in the investigations of which they are the target. If this occurs, the operation will be compromised. The suspect will be unlikely to confess once he or she realizes that the criminal organization he or she has joined is a construct of the police. Indeed, the Crown suggests that there may be danger to the persons of the involved officers once the suspect becomes aware that he or she has been "duped".

les connaissent, car le genre de personnes ciblées par ces opérations sont beaucoup plus susceptibles d'avoir accès à des exemplaires récents de journaux et aux nouvelles télévisées qu'à des revues juridiques et à des recueils de jurisprudence, par exemple. À supposer que ces dernières publications puissent être bien identifiées, cela signifie que les avocats, les professeurs de droit et les étudiants en droit seraient informés des pratiques policières, mais pas le grand public. Je considère que ce résultat est pour le moins troublant. Cela dit, l'appelante prétend que, si les personnes qui sont actuellement visées par de telles opérations, ou qui peuvent le devenir, lisent des articles relatifs à l'enquête visant l'intimé, elles peuvent reconnaître des expériences semblables mises en scène dans l'enquête dont elles font l'objet. L'opération sera alors compromise. En effet, il y a peu de chances que le suspect avoue son crime après s'être rendu compte que le gang auquel il a adhéré n'est qu'une création de la police. En fait, le ministère public prétend que les policiers en cause peuvent être en danger une fois que le suspect s'est aperçu qu'il a été « roulé ».

43

It is my view that, on balance, the appellant does not, at this first stage of the test, make out a case that the ban as to operational methods should have issued. The serious risk at issue here is that the efficacy of present and future police operations will be reduced by publication of these details. I find it difficult to accept that the publication of information regarding the techniques employed by police will seriously compromise the efficacy of this type of operation. There are a limited number of ways in which undercover operations can be run. Criminals who are able to extrapolate from a newspaper story about one suspect that their own criminal involvement might well be a police operation are likely able to suspect police involvement based on their common sense perceptions or on similar situations depicted in popular films and books. While I accept that operations will be compromised if suspects learn that they are targets, I do not believe that media publication will seriously increase the rate of compromise. The media have reported the details of similar operations several times in the past, including this one. In spite of this publicity, Sgt. German, in his affidavit, was only able to positively

Je suis d'avis que, tout bien considéré, l'appelante n'a pas établi, dans le cadre du premier volet du critère, que l'interdiction de publier les méthodes d'enquête aurait dû être ordonnée. Le risque sérieux en l'espèce est que la publication de ces détails rendra moins efficaces les opérations policières en cours et futures. Je trouve difficile d'admettre que la publication de renseignements relatifs aux techniques policières compromettra sérieusement l'efficacité de ce genre d'opération. Il y a des limites au nombre de façons dont peuvent être menées les opérations secrètes. Les criminels capables de déduire à partir d'un article de journal sur un suspect que leur propre participation à des activités criminelles pourrait n'être qu'une opération policière sont vraisemblablement capables de soupçonner la participation de la police en se fiant à leur jugement ou à des situations semblables décrites dans des films et des livres populaires. Je conviens que des opérations seront compromises si les suspects apprennent qu'ils sont visés, mais je ne crois pas que la couverture de ces opérations par les médias en fasse augmenter considérablement le taux d'échec. Les médias ont à plusieurs

identify one instance in which media reports arguably resulted in the compromise of an operation.

The appellant submitted that this Court's decision in *Michaud v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3, recognized the legitimacy of weighing the state's interest in protecting investigative techniques and the individual's right to privacy. That much is true. However, that case, in upholding the prior existing judicial interpretation of s. 187 of the *Criminal Code* (a section which authorizes telephone surveillance by police), invoked different dangers from those in this appeal. Specifically, *Michaud* recognized the real dangers to which police informants are subject in providing the information necessary to persuade a judge that a wiretap is necessary. Real, not pretextual, criminal organizations and individuals are involved and informants will often be at serious and substantial risk of bodily harm. The concerns which drove the Court's decision in *Michaud* are also properly considered in this case, but do not rise to the level of danger shown in the earlier appeal.

I do not doubt that undercover operations can be risky, and that discovery by the targets may result in the resources and efforts of the police being wasted. There is a personal risk, as well, to the officers involved, which we must take seriously, although this risk is much less serious in this type of targeting operation (in which many officers are engaged with a single suspect) than in lone infiltrations of existing, actual criminal organizations. But, the danger to the efficacy of the operation is not significantly increased by republication of the details of similar operations that have already been well-publicized in the past. It is the incremental effect of the proposed ban, viewed in light of what has already been published before, that must be evaluated in this appeal. That is, in terms of the framework adopted above, republication of this information does not constitute

reprises, par le passé, rapporté les détails d'opérations semblables, notamment les détails de l'opération en cause en l'espèce. Malgré cette publicité, le sergent German, dans son affidavit, n'a pu citer avec certitude qu'un cas où une opération a été compromise du fait sa couverture par les médias.

L'appelante a fait valoir que l'arrêt *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3, a reconnu qu'il était légitime de soupeser l'intérêt de l'État à protéger les techniques d'enquête et le droit de l'individu à la protection de la vie privée. Cette prétention est juste. Cependant, dans cette affaire, où on a confirmé l'interprétation judiciaire préexistante de l'art. 187 du *Code criminel* (un article autorisant l'écoute électronique par la police), les dangers évoqués étaient différents de ceux en cause dans le présent pourvoi. En particulier, on a reconnu dans *Michaud* les véritables dangers auxquels les indicateurs de police font face lorsqu'ils fournissent les renseignements requis pour convaincre un juge de la nécessité de l'écoute électronique. Ce sont des gangs et des criminels véritables, et non fictifs, qui sont en cause, et les indicateurs sont souvent exposés à des risques graves et importants de préjudice corporel. Les craintes à la base de l'arrêt *Michaud* sont également prises en considération comme il se doit en l'espèce, mais elles n'atteignent pas le niveau de danger démontré dans le pourvoi antérieur.

Je ne doute pas que les opérations secrètes puissent être risquées et que leur découverte par les personnes visées puisse rendre inutiles les ressources et les efforts consacrés par la police. Il existe également un risque pour la sécurité des policiers en cause, risque qu'on ne peut prendre à la légère bien qu'il soit beaucoup moins sérieux dans ce genre d'opération de ciblage (dans laquelle il y a plusieurs policiers pour un seul suspect) que dans les cas où un seul agent s'infiltré dans un véritable gang. Mais, la republication des détails d'opérations similaires déjà bien publicisées par le passé n'accroît pas considérablement le risque pour l'efficacité de l'opération. C'est l'effet cumulatif de l'interdiction proposée, compte tenu de ce qui a déjà été publié, qu'il faut évaluer en l'espèce. C'est-à-dire que, sur le plan du cadre adopté précédemment, la

44

45

a serious risk to the efficacy of police operations, and thus to that aspect of the proper administration of justice. Accordingly, in the final analysis and looking at all the circumstances, in my view this ground by itself is sufficient to dispose of the widest part of the ban as to operational methods.

(ii) The Ban as to Identity

46

However, I accept that the publication of the names and identities of the officers in question would create a serious risk to the efficacy of current, similar operations. Given that the officers involved appear to go by their real names in the course of this undercover work, publishing their names could very easily alert targets that their apparent criminal associates are in fact police officers. Furthermore, since the operations in question have already been commenced, it would obviously be unreasonable for officers to adopt pseudonyms now. The targets already know their real names. Accordingly, I agree with Menzies J. that a ban on the publication of officers' names is necessary and that there is no reasonable alternative.

47

I also agree that the ban should be restricted to a period of one year. After ongoing operations have been completed, reasonable alternative measures such as the regular use of pseudonyms, the use of different officers, and the use of different scenarios will become available to the police. Should the circumstances of a particular case change, of course, the ban may need to be shortened or extended. For that reason it will be prudent for such orders of publication bans to be made subject to further order of the court.

(b) *Proportionality*

(i) Ban as to Operational Methods

48

Although, strictly speaking, it is unnecessary to continue the analysis upon a finding that the ban as to operational methods is not necessary, it will often

republishation de cette information ne constitue pas un risque sérieux pour l'efficacité des opérations policières et, par conséquent, pour cet aspect de la bonne administration de la justice. Je suis donc d'avis qu'en fin de compte, d'après l'ensemble des circonstances, ce motif suffit en soi pour régler l'élément majeur de l'interdiction sollicitée, soit l'interdiction de publier les méthodes d'enquête.

(ii) L'interdiction de publier l'identité

Je conviens cependant que la publication du nom et de l'identité des policiers en cause aurait pour effet de créer un risque sérieux pour l'efficacité des opérations semblables en cours. Comme les policiers en question paraissent utiliser leurs véritables noms dans leur travail d'enquête secrète, la publication de leurs noms pourrait facilement indiquer aux personnes ciblées que leurs présumés associés dans le crime sont en fait des policiers. En outre, puisque les opérations en question ont déjà débuté, il serait manifestement déraisonnable pour les policiers d'adopter maintenant des pseudonymes. Les personnes visées connaissent déjà leurs vrais noms. Je conviens donc avec le juge Menzies que l'interdiction de publier le nom des policiers est nécessaire et qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable.

Je suis également d'accord pour limiter l'interdiction à un an. Après la fin des opérations en cours, la police disposera de mesures de rechange raisonnables telles que l'usage courant de pseudonymes ainsi que le recours à des policiers et scénarios différents. Il se peut, naturellement, qu'il faille abrégier ou prolonger l'interdiction selon l'évolution des circonstances de l'affaire. C'est pourquoi il sera prudent de préciser, pour ce genre d'ordonnances de non-publication, qu'elles s'appliquent sauf ordonnance contraire du tribunal.

b) *La proportionnalité*

(i) L'interdiction de publier les méthodes d'enquête

Même si, strictement parlant, il n'y a pas lieu de poursuivre l'analyse dès qu'il est établi que l'interdiction de publier les méthodes d'enquête n'est

be useful to bolster that conclusion by nevertheless conducting the second part of the analysis. In this case, even if there were a serious risk demonstrated, I believe that the ban as to operational methods does not meet the proportionality component of the approach set forth in these reasons.

The ban as to operational methods would have the salutary effect on the administration of justice of protecting officers in the field and ensuring that the targets of the operation continue to provide useful information. In so far as these effects are real and substantial they will constitute a salutary effect. However, as I noted above, I do not regard the proposed ban as substantially increasing the safety of officers. Since I also found above that the requested publication ban was unlikely to have significant effects on the likelihood that suspects will realize that they are being targeted in undercover operations, I do not regard the salutary effects that would be produced by the requested publication ban as significant, compelling benefits. At most this ban would produce speculative and marginal improvements in the efficacy of undercover operations and the safety of officers in the field.

The deleterious effects, however, would be quite substantial. In the first place, the freedom of the press would be seriously curtailed in respect of an issue that may merit widespread public debate. A fundamental belief pervades our political and legal system that the police should remain under civilian control and supervision by our democratically elected officials; our country is not a police state. The tactics used by police, along with other aspects of their operations, is a matter that is presumptively of public concern. Restricting the freedom of the press to report on the details of undercover operations that utilize deception, and that encourage the suspect to confess to specific crimes with the prospect of financial and other rewards, prevents the public from being informed critics of what may be controversial police actions.

pas nécessaire, il sera souvent utile d'étayer toutefois cette conclusion en procédant au second volet de l'analyse. En l'espèce, même si on démontrait l'existence d'un risque sérieux, j'estime que l'interdiction de publier les méthodes d'enquête ne satisfait pas à l'élément de proportionnalité de la méthode énoncée dans les présents motifs.

L'interdiction de publier les méthodes d'enquête aurait sur l'administration de la justice l'effet bénéfique de protéger les policiers sur le terrain et de faire en sorte que les personnes ciblées continuent à fournir des renseignements utiles. Dans la mesure où l'effet est réel et important, il constitue un effet bénéfique. Toutefois, comme je l'ai souligné précédemment, je ne considère pas que l'interdiction proposée accroisse considérablement la sécurité des policiers. Comme j'ai aussi conclu que l'interdiction de publication sollicitée n'aurait vraisemblablement aucun effet important sur la possibilité que les suspects se rendent compte qu'ils font l'objet d'une opération secrète, je ne considère pas les effets bénéfiques de cette interdiction comme importants et convaincants. Au mieux, cette interdiction donnerait lieu à un accroissement spéculatif minime de l'efficacité des opérations secrètes et de la sécurité des policiers sur le terrain.

Par contre, les effets préjudiciables seraient plutôt considérables. En premier lieu, il y aurait atteinte grave à la liberté de la presse relativement à une question susceptible de justifier un grand débat public. Notre système politique et juridique est imprégné du principe fondamental selon lequel la police doit demeurer sous le contrôle et la surveillance des autorités civiles, que représentent nos mandataires démocratiquement élus; notre pays n'est pas un État policier. Les tactiques utilisées par la police et les autres aspects de ses opérations sont présumés être des questions d'intérêt public. Limiter la liberté de la presse en l'empêchant de rapporter les détails des opérations secrètes qui ont recours à la supercherie et qui incitent les suspects à avouer des crimes précis en contrepartie d'avantages financiers et autres empêche le public de porter un jugement critique éclairé sur ce qui peut constituer des actions policières controversées.

49

50

51

As this Court recognized in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976, “participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged”, a principle fundamental to a free and democratic society. See *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. Such participation is an empty exercise without the information the press can provide about the practices of government, including the police. In my view, a publication ban that restricts the public’s access to information about the one government body that publicly wields instruments of force and gathers evidence for the purpose of imprisoning suspected offenders would have a serious deleterious effect. There is no doubt as to how crucial the role of the police is to the maintenance of law and order and the security of Canadian society. But there has always been and will continue to be a concern about the limits of acceptable police action. The improper use of bans regarding police conduct, so as to insulate that conduct from public scrutiny, seriously deprives the Canadian public of its ability to know of and be able to respond to police practices that, left unchecked, could erode the fabric of Canadian society and democracy.

52

Secondly, the right of the accused to a “fair and public hearing” would be deleteriously affected by the requested publication ban. This Court has not previously had occasion to elaborate at length on the content of the right to a “public hearing” protected by s. 11(d) of the *Charter*. As it is not squarely before us, I do not wish to be in any way conclusive on the issue either. It is clear, however, that s. 11(d) guarantees not only an open courtroom, but the right to have the media access that courtroom and report on the proceedings. This Court has consistently adopted a purposive approach to interpreting the text of the *Charter*. See, e.g., *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624. The right to a public trial is meant to

Comme la Cour l’a reconnu dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976, « la participation à la prise de décisions d’intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée », principe fondamental sur lequel repose une société libre et démocratique (voir *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877). Cette participation est futile sans les renseignements que la presse peut fournir sur les pratiques du gouvernement, y compris celles de la police. À mon sens, une interdiction de publication limitant l’accès du public à l’information relative à l’organisme gouvernemental qui manie publiquement des instruments de force et qui recueille des éléments de preuve en vue d’emprisonner des présumés contrevenants aurait un effet préjudiciable grave. Le rôle capital de la police pour le maintien de la loi et de l’ordre et pour la sécurité de la société canadienne ne fait aucun doute. Mais on s’est toujours demandé, et on continuera à se demander, quelles sont les limites acceptables de l’action policière. L’utilisation à mauvais escient des interdictions relatives à la conduite policière de manière à la mettre à l’abri de l’examen public nuit gravement à la capacité des Canadiens de connaître les pratiques policières et de réagir à ces pratiques, qui, en l’absence de surveillance, pourraient éroder les bases mêmes de la société et de la démocratie canadiennes.

En deuxième lieu, l’interdiction de publication demandée préjudicierait au droit de l’accusé à un « procès public et équitable ». La Cour n’a jamais eu l’occasion d’apporter des précisions sur la teneur du droit à un « procès public » protégé par l’al. 11d) de la *Charte*. Comme nous ne sommes pas directement saisis de cette question, je ne vais pas me prononcer de façon décisive à son égard. Il est cependant clair que l’al. 11d) garantit non seulement une audience publique, mais également le droit à ce que les médias aient accès à la salle d’audience et rapportent ce qui s’y déroule. La Cour a toujours interprété le texte de la *Charte* en fonction de l’objet (voir, p. ex., *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997]

allow public scrutiny of the trial process. In light of that purpose, the observations of Cory J. in discussing the right to freedom of expression are also apt when applied to the right to a public trial:

It is exceedingly difficult for many, if not most, people to attend a court trial. Neither working couples nor mothers and fathers house-bound with young children, would find it possible to attend court. Those who cannot attend rely in large measure upon the press to inform them about court proceedings — the nature of the evidence that was called, the arguments presented, the comments made by the trial judge — in order to know not only what rights they may have, but how their problems might be dealt with in court. . . . Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court. Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media.

(*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1339-40)

Given the realities of modern life and the inconvenience of the open courtroom to members of the public, the right to a public trial must include the right to have media access and report on the trial as well.

This public scrutiny is to the advantage of the accused in two senses. First, it ensures that the judicial system remains in the business of conducting fair trials, not mere show trials or proceedings in which conviction is a foregone conclusion. The supervision of the public ensures that the state does not abuse the public's right to be presumed innocent, and does not institute unfair procedures. See *Dagenais, supra*, at p. 883.

Second, it can vindicate an accused person who is acquitted, particularly when the acquittal is surprising and perhaps shocking to the public. In many cases, it is not clear to the public, without the advantage of a full explanation, why an accused person is acquitted despite what a reasonable person might

3 R.C.S. 624). Le droit à un procès public vise à permettre l'examen public du processus judiciaire. Selon cet objet, les observations que le juge Cory a faites dans son analyse du droit à la liberté d'expression sont également pertinentes lorsqu'on les applique au droit à un procès public :

Il est extrêmement difficile pour beaucoup, sinon pour la plupart, d'assister à un procès. Ni les personnes qui travaillent ni les pères ou mères qui restent à la maison avec de jeunes enfants ne trouveraient le temps d'assister à l'audience d'un tribunal. Ceux qui ne peuvent assister à un procès comptent en grande partie sur la presse pour être tenus au courant des instances judiciaires — la nature de la preuve produite, les arguments présentés et les remarques faites par le juge du procès — et ce, non seulement pour connaître les droits qu'ils peuvent avoir, mais pour savoir comment les tribunaux se prononceraient dans leur cas. [. . .] L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias.

(*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1339-1340)

Compte tenu des réalités de la vie moderne et de la difficulté pour les membres du public d'avoir accès à la salle d'audience, le droit à un procès public doit aussi englober le droit à ce que les médias aient accès au procès et qu'ils rapportent ce qui s'y passe.

Cet examen public présente deux avantages pour l'accusé. Premièrement, il garantit que le système judiciaire continue de tenir des procès équitables, et non pas de simples apparences de procès ou de procédures où la culpabilité est décidée d'avance. La surveillance du public garantit que l'État respecte le droit d'être présumé innocent et n'intente pas des procédures inéquitables (voir *Dagenais, précité*, p. 883).

Deuxièmement, cet examen peut rendre justice à une personne acquittée, surtout dans les cas où l'acquittement est surprenant et, peut-être, choquant pour le public. Dans de nombreux cas, le public comprend mal, en l'absence d'une explication complète, pourquoi un accusé est acquitté

consider compelling evidence. Where a publication ban is in place, the accused has little public answer. In the present appeal, the public was aware that a confession was in evidence. One might expect public confusion and even anger at such a seemingly nonsensical verdict, as in fact occurred in response to the acquittal underlying the companion to this appeal, *O.N.E.*, *supra*. If the facts of the police operation were available to the public, the public could make an informed judgment about the reasonableness of the accused's acquittal. The accused could feel vindicated to some extent. On this basis, the publication ban sought would have a deleterious effect on the accused's right to a public trial.

malgré ce qu'une personne raisonnable pourrait juger être une preuve convaincante. Lorsqu'il y a interdiction de publication, l'accusé n'a guère de possibilité de rendre public son point de vue. Dans le présent pourvoi, le public savait qu'un aveu avait été produit en preuve. On pourrait s'attendre à ce qu'il soit déconcerté et même en colère devant ce qui semble être un verdict absurde, comme ce qui est arrivé après l'acquiescement prononcé dans le pourvoi *O.N.E.*, précité, entendu en même temps. Si le public connaissait les faits de l'opération policière, il pourrait juger de façon éclairée du caractère raisonnable de l'acquiescement de l'accusé. Celui-ci pourrait avoir l'impression que justice lui a été rendue dans une certaine mesure. Dans cette optique, l'interdiction de publication sollicitée aurait un effet préjudiciable sur le droit de l'accusé à un procès public.

55

It is clear, then, that on balance, even if the requested ban as to operational methods was necessary to prevent a serious risk to the administration of justice, it could not have been granted. The deleterious effects of the proposed ban on the right of the press to freedom of expression and the accused's right to a public trial substantially outweigh the benefits to the administration of justice.

Il ressort donc clairement que, tout bien considéré, même si l'interdiction de publication sollicitée relativement aux méthodes d'enquête avait été nécessaire pour prévenir un risque sérieux pour l'administration de la justice, elle n'aurait pas pu être accordée. Ses effets préjudiciables sur le droit de la presse à la liberté d'expression et sur le droit de l'accusé à un procès public l'emportent de loin sur les effets bénéfiques pour l'administration de la justice.

(ii) The Ban as to Identity

(ii) L'interdiction de publier l'identité

56

The situation is, again, different in the case of the requested ban as to identity. The ban will reduce the potential harm to these officers currently in the field. I readily acknowledge that these officers face some degree of risk from their current targets, although the officers will usually outnumber the suspects in these cases. More importantly, the ban will assist in ensuring the efficacy of ongoing operations, since it will prevent the names and descriptions of the officers from reaching the attention of their current targets. I find that the salutary effects of the ban as to identity are significant.

Encore une fois, la situation est différente dans le cas de l'interdiction sollicitée relativement à l'identité. L'interdiction réduira le préjudice qui pourrait être causé aux policiers actuellement sur le terrain. Je reconnais volontiers que ceux-ci sont exposés à un certain niveau de risque de la part des personnes qu'ils visent actuellement, bien qu'ils soient généralement plus nombreux que les suspects dans ces affaires. Fait plus important, l'interdiction contribuera à l'efficacité des opérations en cours étant donné qu'elle empêchera les personnes actuellement visées d'avoir connaissance du nom et de la description des policiers. Je suis d'avis que les effets bénéfiques de l'interdiction de publier l'identité sont notables.

The deleterious effects of this ban are, on the other hand, not as substantial. The informed public debate about the propriety of the police tactics used in this and similar cases can proceed unhindered without the need for knowledge of which police officers, precisely, were involved. It is largely irrelevant to the accused's desire for public vindication whether the names of the officers are immediately known. It is true that, in general, the names of police officers who testify against accused persons need not, and should not, be the subject of publication bans in a free and democratic society. However, given the time-limited nature of the ban issued by *Menzies J.*, and given the unusual nature of the work performed by these officers in this case, I am satisfied that this concern is outweighed by the salutary effects of the ban.

I disagree, however, with the appellant's request that the ban be made indefinite. As a general matter, it is not desirable for this, or any, Court to enter the business of permanently concealing information in the absence of a compelling reason to do so. The appellant suggests that the officers would be in physical danger if their identities were ever revealed. This is not a substantial enough risk to justify permanent concealment. All police officers are subject to the possibility of retributive violence from criminals they have apprehended and other persons who bear them grudges or ill-will. In rare cases this may result in tragic events, and while all efforts must be deployed to prevent such consequences, a free and democratic society does not react by creating a force of anonymous and unaccountable police. I do not find that these officers are at a substantially greater risk than other police officers. Given a showing on the record of a future case that a specific group of officers indeed suffers a grave and long-term risk to life and limb, a permanent or extended ban would be considered.

D'autre part, les effets préjudiciables de cette interdiction ne sont pas aussi substantiels. Il peut y avoir un débat public libre et éclairé sur le bien-fondé des tactiques policières utilisées en l'espèce et dans des affaires similaires sans qu'il soit nécessaire de savoir qui sont précisément les policiers en cause. En ce qui concerne le désir de l'accusé de se voir rendre justice publiquement, il n'est vraiment pas pertinent que le nom des policiers soit connu immédiatement ou non. Il est vrai qu'en règle générale, il n'est ni nécessaire, ni souhaitable, que le nom des policiers qui témoignent contre l'accusé fasse l'objet d'une interdiction de publication dans une société libre et démocratique. Toutefois, compte tenu de la limitation temporelle de l'interdiction que le juge *Menzies* a ordonnée et de la nature inhabituelle du travail effectué par les policiers en l'espèce, je suis convaincu que les effets bénéfiques de cette interdiction l'emportent sur cette préoccupation.

Je suis cependant en désaccord avec la demande de l'appelante de prolonger indéfiniment l'interdiction. En règle générale, il n'est pas souhaitable que la Cour, ou toute autre cour, se mette à interdire à tout jamais la diffusion de renseignements en l'absence de raison convaincante. L'appelante fait valoir que la sécurité des policiers serait menacée si leur identité était un jour révélée. Il ne s'agit toutefois pas d'un risque suffisamment important pour justifier la non-diffusion permanente. Tous les policiers risquent de subir des représailles de la part des criminels qu'ils ont appréhendés et des autres personnes qui leur en veulent. Dans de rares cas, cela peut donner lieu à des événements tragiques. Toutefois, même s'il ne faut ménager aucun effort pour empêcher de telles conséquences, une société libre et démocratique ne réagit pas en créant une force policière anonyme et dispensée de rendre compte de ses actes. Je n'estime pas que ces policiers courent un risque beaucoup plus grand que les autres policiers. Si, dans une affaire future, il ressort du dossier qu'il en découle pour un groupe précis de policiers un risque grave et prolongé de mort ou de blessures, j'examinerais la possibilité d'accorder une interdiction permanente ou une prolongation de l'interdiction.

57

58

59

I do not, however, wish to be taken as creating a bright-line rule restricting publication bans to a year. Different cases will involve different considerations, and there may well be times when the danger to officers or to the importance of the administration of justice of police operations rises to a level of seriousness sufficient to justify the deleterious effects inherent in publication bans of a longer duration. Furthermore, these different considerations may authorize a different approach in some cases to the process of tailoring. There may be cases where a longer ban might be tailored to reduce its impact by prohibiting only the publication of the likeness or photograph of an officer, not his name. Should the police choose to adopt the practice of using pseudonyms in undercover operations, this would clearly be a sensible option that would mitigate some of the dangers of long-term secrecy.

VII. Conclusion

60

With the foregoing in mind, I would find that the ban ordered by *Menzies J.* was properly issued and was of the appropriate scope in light of the requirements of the *Charter*. It was properly tailored to meet the real concerns about the safety of officers currently in the field, and about the efficacy of operations that are still underway. The ban, and similar bans issued in accordance with the considerations set out above and in *Dagenais, supra*, is to be supervised by the issuing court, in this case by the Manitoba Court of Queen's Bench. Publication bans designed to protect the identity of officers should be tailored, as was done in this case, to ensure the security and anonymity of the officers while involved in undercover operations. However, such bans should not be indefinite. They should be lifted when the undercover operation comes to an end, or when it may be reasonably expected to end. It would be unwise for this Court to countenance the establishment of a permanently anonymous section of the police force in the absence of more evidence of serious and

Je ne veux toutefois pas avoir l'air de créer une règle de démarcation très nette limitant les interdictions de publication à un an. Les facteurs à prendre en considération diffèrent selon les affaires. Il se peut fort bien que, parfois, le danger pour les policiers et pour l'importance que revêtent les opérations policières pour l'administration de la justice est tel qu'il justifie les effets préjudiciables inhérents aux interdictions de publication d'une durée plus longue. Par ailleurs, ces différents facteurs peuvent justifier l'adoption d'une méthode différente, plus adaptée aux besoins. En effet, il se peut que, dans certains cas où une interdiction plus longue s'impose, on puisse réduire son impact en interdisant seulement la publication de l'apparence ou de la photographie du policier et non celle de son nom. Cette solution est nettement judicieuse pour les cas où la police opte pour le recours à des pseudonymes dans des opérations secrètes, car elle permet d'atténuer quelque peu les dangers d'un secret à long terme.

VII. Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le juge *Menzies* a eu raison d'ordonner l'interdiction et qu'il lui a donné la portée qu'il convient compte tenu des exigences de la *Charte*. Cette interdiction était bien adaptée pour dissiper les craintes réelles quant à la sécurité des policiers actuellement sur le terrain et à l'efficacité des opérations toujours en cours. Cette interdiction, comme les interdictions semblables ordonnées conformément aux facteurs énoncés précédemment et dans *Dagenais*, précité, doit être supervisée par la cour qui l'a ordonnée, en l'espèce la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Les ordonnances de non-publication visant à protéger l'identité des policiers doivent, comme en l'espèce, être conçues de manière à garantir leur sécurité et leur anonymat pendant qu'ils participent à des opérations secrètes. Cependant, elles ne doivent pas avoir une durée indéfinie. Elles doivent être levées à la fin des opérations secrètes ou au moment où on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles prennent fin. Il ne serait pas sage de la part de la Cour d'approuver l'établissement d'une section indéfiniment anonyme de la force policière

long-term danger to the security of particular officers.

The appeal is dismissed and the order of Menzies J. affirmed. As a result, I would quash the previous order granting the requested publication ban in full pending this appeal and restore the order of Menzies J. dated February 2, 2000 subject to further order of the Court of Queen's Bench. However, I substitute *proprio motu*, in calculating the one-year duration of the allowed ban, the date that this judgment is released for the date Menzies J.'s order was released to comply with the spirit of that order. The respondent should have his costs in this Court and the court below.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Killeen Chapman Garreck, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Vancouver.

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

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

Solicitors for the interveners the Winnipeg Free Press and the Brandon Sun: Aikins, MacAuley & Thorvaldson, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Newspaper Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

en l'absence d'éléments de preuve supplémentaires indiquant l'existence d'un danger grave à long terme pour la sécurité de policiers particuliers.

Le pourvoi est rejeté et l'ordonnance du juge Menzies est confirmée. Par conséquent, je suis d'avis d'annuler l'ordonnance antérieure qui accordait l'interdiction totale de publication demandée en attendant l'issue du présent pourvoi et de rétablir l'ordonnance que le juge Menzies a rendue le 2 février 2000, sauf ordonnance contraire de la Cour du Banc de la Reine. Toutefois, pour le calcul de la durée d'un an de l'interdiction accordée, je remplace d'office la date de l'ordonnance du juge Menzies par celle du prononcé des présents motifs afin de respecter l'esprit de cette ordonnance. L'intimé a droit aux dépens en la Cour et dans la cour d'instance inférieure.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante : Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé : Killeen Chapman Garreck, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le procureur général du Canada, Vancouver.

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

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

Procureurs des intervenants Winnipeg Free Press et Brandon Sun : Aikins, MacAuley & Thorvaldson, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des journaux : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Vancouver Sun *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen, O.N.E. and the Attorney General of Canada *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario, the British Columbia Civil Liberties Association and the Canadian Newspaper Association *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. O.N.E.**

Neutral citation: **2001 SCC 77.**

File No.: 28190.

2001: June 18; 2001: November 15.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication bans — Criminal proceedings — Trial judge granting publication ban on operational methods and identity of undercover police officers — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to hear third party newspaper's appeal from trial judge's order — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

Criminal law — Publication bans — Appropriate scope of publication ban — Undercover police investigation — Crown successfully seeking publication ban protecting identity of police officers and operational methods used in investigating accused — Whether trial judge erred in ordering ban.

The police launched an undercover investigation against a murder suspect. During the investigation, the suspect confessed to a role in the death. She was charged

Vancouver Sun *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine, O.N.E. et le procureur général du Canada *Intimés*

et

Le procureur général de l'Ontario, la British Columbia Civil Liberties Association et l'Association canadienne des journaux *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. O.N.E.**

Référence neutre : **2001 CSC 77.**

N° du greffe : 28190.

2001 : 18 juin; 2001 : 15 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Interdictions de publication — Procédures criminelles — Le juge du procès a accordé une interdiction de publication relativement aux méthodes d'enquête utilisées et à l'identité des policiers banalisés — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi d'un tiers, un journal, contre une ordonnance du juge du procès? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1), (3).

Droit criminel — Interdictions de publication — Portée qu'il convient de donner à l'interdiction de publication — Enquête policière secrète — Le ministère public a demandé avec succès une interdiction de publication visant à protéger l'identité des policiers ainsi que les méthodes utilisées dans l'enquête sur l'accusée — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ordonnant l'interdiction de publication?

La police a commencé une enquête secrète sur une personne soupçonnée de meurtre. Durant l'enquête, la suspecte a avoué avoir joué un rôle à cet égard. Elle a été

with second degree murder. At the *voir dire* held on the admissibility of the confession, the RCMP applied for a publication ban to protect the identity of the officers involved in the operation and the nature of the undercover investigative techniques employed. The motion was not opposed by the Crown or defence counsel, and although notice was given of the requested publication ban, no media representatives appeared. The publication ban was granted and was appealed directly to this Court. In the meantime, the accused was acquitted by a jury.

Held: The appeal should be allowed. The scope and duration of the publication ban should be restricted.

For the reasons given in *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76, the publication ban should not have been ordered by the trial judge in light of the appropriate common law test for a publication ban. The ban cannot be regarded as “necessary” in the interests of the administration of justice. Neither the efficacy of ongoing police investigations nor the safety of officers in the field are significantly compromised by the publication of the information about undercover investigative techniques. Furthermore, the salutary effects of the ban are outweighed by the deleterious effects. Despite a publication ban on the investigative techniques, suspects could learn of the types of undercover operations employed by police from other sources, but such a ban would abridge freedom of the press in respect of discussions that lie at the core of freedom of expression and the accused’s right to a public trial would be seriously compromised by such a ban. By contrast, the ban on publication of information tending to identify the officers involved in the operation, including their names, likenesses and physical descriptions, is necessary in order to further the proper administration of justice. It does not seriously affect the accused’s right to a public trial, nor does it implicate the purposes of the guarantee of freedom of expression. However, the ban on publication of information tending to identify the officers involved in the operation should be restricted to a period of one year from the date on which this judgment is released. The identity of police officers should not, as a matter of general practice, be shrouded in secrecy forever, absent serious and individualized dangers.

Cases Cited

Followed: *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; **referred to:** *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480.

inculpée de meurtre au deuxième degré. Au *voir-dire* sur l’admissibilité de l’aveu, la GRC a demandé une interdiction de publication en vue de protéger l’identité des policiers ayant participé à l’opération ainsi que la nature des techniques d’enquête secrète utilisées. L’avocat du ministère public et celui de la défense n’ont pas contesté la requête et aucun représentant des médias n’a comparu, malgré l’avis de demande d’interdiction de publication. L’interdiction de publication a été accordée et a fait l’objet d’un pourvoi directement devant la Cour. Entre-temps, le jury a acquitté l’accusée.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Il faut restreindre la portée et la durée de l’interdiction de publication.

Pour les motifs exposés dans *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76, le juge du procès n’aurait pas dû ordonner l’interdiction de publication, compte tenu du critère de common law applicable aux interdictions de publication. L’interdiction de publication ne peut être considérée comme « nécessaire » dans l’intérêt de l’administration de la justice. Ni l’efficacité des enquêtes policières en cours ni la sécurité des policiers participant à l’enquête ne sont grandement compromises par la publication des renseignements sur les techniques d’enquête secrète utilisées. En outre, les effets préjudiciables de l’interdiction l’emportent sur ses effets bénéfiques. Malgré l’existence d’une interdiction de publication relativement aux techniques d’enquête utilisées, les suspects pourraient apprendre d’autres sources à quel genre d’opérations secrètes se livre la police, mais une telle interdiction réduirait la liberté de la presse quant à des débats se trouvant au cœur de la liberté d’expression et compromettrait sérieusement le droit de l’accusée à un procès public. Par contre, l’interdiction de publier des renseignements susceptibles de permettre l’identification des policiers ayant participé à l’opération, notamment par leur nom, leur apparence et leur description, est nécessaire pour la bonne administration de la justice. Elle ne porte pas gravement atteinte au droit de l’accusée à un procès public et ne touche pas l’objet de la garantie de la liberté d’expression. Cependant, il faut limiter à un an la durée de l’interdiction de publier des renseignements susceptibles de permettre l’identification des policiers ayant participé à l’opération, la durée étant calculée à partir de la date du prononcé des présents motifs. Règle générale, en l’absence de danger grave et personnalisé, l’identité des policiers ne doit pas être gardée secrète indéfiniment.

Jurisprudence

Arrêt suivi : *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 SCC 76; **arrêts mentionnés :** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480.

Statutes and Regulations Cited

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

APPEAL from an order of the British Columbia Supreme Court, [2000] B.C.J. No. 1922 (QL), 2000 BCSC 1200, granting a publication ban. Appeal allowed.

Robert S. Anderson and Ludmila B. Herbst, for the appellant.

John M. Gordon, for the respondent Her Majesty the Queen.

Philip C. Rankin, for the respondent O.N.E.

Cheryl J. Tobias and Malcolm G. Palmer, for the respondent the Attorney General of Canada.

Christopher Webb, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Paul S. McMurray and Jason B. Gratl, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Paul B. Schabas and Tony S. K. Wong, for the intervener the Canadian Newspaper Association.

The judgment of the Court was delivered by

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1), (3).

POURVOI contre une ordonnance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2000] B.C.J. No. 1922 (QL), 2000 BCSC 1200, qui a accordé une interdiction de publication. Pourvoi accueilli.

Robert S. Anderson et Ludmila B. Herbst, pour l'appellant.

John M. Gordon, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Philip C. Rankin, pour l'intimée O.N.E.

Cheryl J. Tobias et Malcolm G. Palmer, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Christopher Webb, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Paul S. McMurray et Jason B. Gratl, pour l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

Paul B. Schabas et Tony S. K. Wong, pour l'intervenante l'Association canadienne des journaux.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi soulève des questions essentiellement semblables à celles que la Cour a examinées dans *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76, dont la décision et les motifs sont rendus conjointement aux présents motifs. Compte tenu de l'analyse des principes applicables en jeu faite dans cet arrêt quant à la question des interdictions de publication, les motifs du présent pourvoi peuvent se fonder en grande partie sur le raisonnement suivi dans *Mentuck*. Comme dans cet arrêt, je conclus en l'espèce que le juge du procès n'aurait pas dû ordonner l'interdiction de publication demandée, compte tenu du critère de common law applicable aux interdictions de publication. Le pourvoi est donc accueilli.

1

IACOBUCCI J. — This appeal raises substantially similar issues to those considered by the Court in *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76, the decision and reasons in which are being released herewith. Because of the discussion of the applicable principles at play on the issue of publication bans in that case, the reasons in this appeal may be grounded substantially on the reasoning in *Mentuck*. As in that case, I conclude here that the publication ban sought and, in this case, ordered, should not have been ordered by the trial judge in light of the appropriate common law test for a publication ban. The appeal is therefore allowed.

I. Background

The accused in the case which gives rise to this appeal, O.N.E., was charged with the second degree murder of Zachariah Steudle. The body of the deceased was found beneath a bridge from which he had apparently fallen a distance of some 50 meters. There was a laceration on the ankle of the deceased. This laceration led the officer investigating the case to the conclusion that Steudle had been stabbed, and therefore that his death was a murder.

The accused was 15 years of age at the time of Steudle's death. She had a record as a young offender and was at that time a runaway from a facility where she had been placed by the British Columbia Ministry of Children and Families. The accused has an I.Q. between the 10th and 13th percentiles and has been diagnosed with a borderline personality disorder.

The accused was initially linked to the case because she and her lesbian partner, Jessica Kilpatrick, had abandoned Steudle's car near Sorrento, B.C., shortly after he disappeared. The police therefore began an investigation of O.N.E. and Kilpatrick in November 1997. After repeated interrogations of the accused and further investigations produced inconclusive results, an undercover investigation was launched in November 1998. This investigation was primarily carried out by officers of the Royal Canadian Mounted Police, in cooperation with the West Vancouver police.

The investigation took a form very similar to the investigation in *Mentuck*. It involved the use of the "crime boss" scenario, in which suspects are initiated into a purported criminal organization. O.N.E. and Kilpatrick bought and sold cigarettes they were told were illegally obtained, were led to believe they were to take part in a major drug deal which would pay them US\$50,000, had food, clothes and hotel rooms paid for by undercover operatives, and witnessed feigned anger and violence, including a severe beating staged for the consumption of O.N.E. The accused and Kilpatrick were progressively allowed to feel more involved in the organization and eventually were introduced to the "boss" of

I. Les faits

L'accusée dans l'affaire donnant lieu au présent pourvoi, O.N.E., est inculpée du meurtre au deuxième degré de Zachariah Steudle. Le corps du défunt a été retrouvé sous un pont, duquel il a apparemment fait une chute d'environ 50 mètres. Le corps porte une laceration à la cheville, ce qui a mené le policier chargé de l'enquête à conclure que Steudle avait été poignardé et qu'il s'agissait donc d'un meurtre.

L'accusée est âgée de 15 ans au moment du décès de Steudle. Elle a un casier judiciaire en tant que jeune contrevenante et, à ce moment-là, elle était en fugue, s'étant enfuie de l'établissement où l'avait placée le ministère des Enfants et de la Famille de la Colombie-Britannique. Elle a un Q.I. se situant entre le 10^e et le 13^e centiles, et on a diagnostiqué chez elle un trouble de la personnalité limite.

On a d'abord établi un lien entre l'accusée et l'affaire parce qu'elle et sa conjointe de même sexe, Jessica Kilpatrick, avaient abandonné l'automobile de Steudle près de Sorrento (C.-B.) peu de temps après la disparition de ce dernier. La police entreprend donc une enquête au sujet de O.N.E. et de Kilpatrick en novembre 1997. Les nombreux interrogatoires de l'accusée et les enquêtes ultérieures s'étant révélés peu concluants, la police commencent une enquête secrète en novembre 1998. Ce sont des agents de la Gendarmerie royale du Canada qui mènent l'enquête, en collaboration avec la police de West Vancouver.

L'enquête est menée d'une façon très semblable à celle menée dans *Mentuck*. Elle comporte l'application du scénario du « patron d'un gang », dans lequel un gang fictif recrute les suspects. O.N.E. et Kilpatrick achètent et vendent des cigarettes qui, leur dit-on, ont été obtenues illégalement; on leur fait croire qu'elles participeront à une transaction de drogue importante qui leur rapportera 50 000 \$US; des agents banalisés leur paient de la nourriture, des vêtements et des chambres d'hôtel, et elles sont témoins de scènes de colère et de violence simulées, notamment une sévère raclée mise en scène à l'intention de O.N.E. Les agents banalisés font en sorte qu'elles se sentent de plus en plus impliquées dans

2

3

4

5

the organization, for whom they had been directed by the undercover operatives to show great respect.

6

The “crime boss” informed O.N.E. that Vancouver police were preparing to arrest her for the second degree murder of Steudle. To that end, the “boss” produced bogus internal police memoranda discussing the intended arrest. He told O.N.E. that he could have a dying former member of the organization confess to Steudle’s murder and thus exonerate O.N.E. if she could provide him with sufficient details to make the confession credible. The accused repeatedly denied any involvement in Steudle’s death. The “crime boss” implied that she would no longer be permitted to remain with the organization and that she would lose the opportunity to be paid the US\$50,000 cash that she had earlier been shown. Furthermore, the undercover officer playing the “boss” made clear that any help in the purported second degree murder charge would be withdrawn without an adequate response to the boss’s inquiries. After continued pressure, she eventually confessed to a role in Steudle’s death.

7

Owing to the unusual circumstances under which the accused’s confession was obtained, a *voir dire* was held on its admissibility. At the outset of the *voir dire*, the RCMP applied for a publication ban to protect the identity of the officers involved in the operation and the nature of the undercover investigative techniques employed. The motion was not opposed by the Crown or defence counsel, and although notice was given of the requested publication ban, no media representatives appeared. The trial judge granted the following publication ban ([2000] B.C.J. No. 1922 (QL), 2000 BCSC 1200):

THIS COURT ORDERS a ban on and prohibits the publication in print and the broadcasting on television, film, video, radio and the Internet of:

- (a) any information tending or serving to publicly identify the undercover police officers in the investigation of the Accused, including, but not limited to, any likeness of the officers, the appearance of their attire and their physical descriptions;

le gang et les présentent finalement au « patron », après leur avoir ordonné de lui témoigner beaucoup d’égards.

Le « patron du gang » informe O.N.E. que les policiers de Vancouver se préparent à l’arrêter pour le meurtre au deuxième degré de Steudle. Pour appuyer ses dires, il produit de fausses notes de service internes de la police où il est question de l’arrestation projetée. Il dit à O.N.E. qu’il peut s’arranger pour qu’un ancien membre du gang, qui est sur le point de mourir, avoue le meurtre de Steudle et la disculpe ainsi si elle peut lui fournir suffisamment de détails pour que l’aveu soit crédible. L’accusée nie à plusieurs reprises être impliquée dans la mort de Steudle. Le « patron du gang » lui laisse entendre qu’elle ne pourra plus continuer de faire partie du gang ni recevoir les 50 000 \$US en argent comptant qu’on lui a montrés auparavant. En outre, le policier banalisé jouant le rôle du « patron » lui fait clairement savoir qu’il lui retirerait son aide relativement à la prétendue accusation de meurtre au deuxième degré si elle ne répondait pas convenablement à ses questions. Sous la pression constante, elle finit par avouer avoir joué un rôle dans la mort de Steudle.

Compte tenu des circonstances inhabituelles de l’obtention de l’aveu de l’accusée, on tient un *voir-dire* sur l’admissibilité de l’aveu. Au début du *voir-dire*, la GRC demande une interdiction de publication en vue de protéger l’identité des policiers ayant participé à l’opération ainsi que la nature des techniques d’enquête secrète utilisées. L’avocat du ministère public et celui de la défense n’ont pas contesté la requête et aucun représentant des médias n’a comparu, malgré l’avis de demande d’interdiction de publication. Le juge du procès accorde l’interdiction de publication suivante ([2000] B.C.J. No. 1922 (QL), 2000 BCSC 1200) :

[TRADUCTION] LA COUR INTERDIT la publication sous forme imprimée et la diffusion par télévision, film, vidéo, radio et Internet de ce qui suit :

- a) tout renseignement permettant d’identifier publiquement les policiers banalisés ayant participé à l’enquête sur l’accusée, notamment leur apparence, leur tenue vestimentaire et leur description;

- (b) the conversations of the undercover police officers in the investigation of the Accused to the extent that they disclose the matters in subparagraphs “(a)” and “(c)”;
- (c) the specific undercover operation scenarios used in investigation of the Accused.

The Vancouver Sun applied to have the ban set aside in part, but the trial judge denied the application: [2000] B.C.J. No. 1923 (QL), 2000 BCSC 1220. The publication ban was appealed directly to this Court. In the meantime, the trial of O.N.E. was concluded and she was acquitted by the jury.

II. Relevant Law and Analysis

Like *Mentuck*, *supra*, this case comes before us by way of direct appeal from the order of the trial judge. For the reasons given in *Mentuck*, this Court has jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. The order for a publication ban is an order ancillary to any issues relating to the guilt or innocence of the accused, and thus the appeal is not barred by s. 40(3) of the *Supreme Court Act*. No other route of appeal is open to the parties in the case, and the appeal is not explicitly barred by statute. Therefore s. 40(1) gives this Court jurisdiction to hear the appeal.

The question, then, is whether under the test set out by Lamer C.J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and refined in *Mentuck*, *supra*, this publication ban was properly issued. The test was restated in *Mentuck*, at para. 32, thus:

A publication ban should only be ordered when:

- (a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and
- (b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and

- b) les conversations de ces policiers révélant les éléments mentionnés aux al. a) et c);
- c) les scénarios particuliers de l'opération secrète utilisés dans le cadre de l'enquête.

Le Vancouver Sun demande que l'interdiction soit en partie annulée, mais le juge du procès rejette la demande : [2000] B.C.J. No. 1923 (QL), 2000 BCSC 1220. L'interdiction de publication fait l'objet d'un pourvoi directement devant la Cour. Entre-temps, le procès de O.N.E. prend fin et le jury l'acquitte.

II. Le droit applicable et l'analyse

Comme pour *Mentuck*, précité, la présente affaire nous est présentée par voie d'appel directement interjeté contre l'ordonnance du juge du procès. Pour les motifs exposés dans *Mentuck*, la Cour a compétence aux termes du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26. L'ordonnance de non-publication est accessoire aux questions relatives à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusée, de sorte que le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême* ne rend pas le pourvoi irrecevable. Les parties en l'espèce ne disposent d'aucune autre voie d'appel, et la loi n'interdit pas expressément le pourvoi. Il s'ensuit que le par. 40(1) donne compétence à la Cour pour entendre le pourvoi.

La question est donc de savoir si, selon le critère établi par le juge en chef Lamer dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et précisé dans *Mentuck*, précité, cette interdiction de publication a été ordonnée à bon droit. Le critère est ainsi reformulé dans *Mentuck*, par. 32 :

Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès

public trial, and the efficacy of the administration of justice.

The burden of displacing the presumption of openness rests on the party bringing the application for the publication ban. There must also be a sufficient evidentiary basis in favour of granting the ban to allow the judge to make an informed application of the test, and to allow a higher court to review that decision (*Mentuck*, *supra*, at para. 38; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at paras. 71-72).

public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice.

C'est à la partie qui sollicite l'interdiction de publication qu'incombe la charge de justifier la dérogation à la règle de la publicité des procédures. Il faut aussi qu'il y ait suffisamment d'éléments de preuve en faveur de l'octroi de l'interdiction pour que le juge puisse appliquer le critère de façon éclairée et pour qu'un tribunal d'instance supérieure puisse examiner cette décision (*Mentuck*, précité, par. 38; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 71-72).

10

In applying the analysis, much of what was said in *Mentuck* applies with equal force to this appeal. I will not, therefore, reiterate the analysis in any detail. The ban sought in *Mentuck* and in the present appeal were effectively identical, and argument in the two appeals was heard together. As in *Mentuck*, the first branch of the test requires me to consider the necessity of the ban in relation to its object of protecting the proper administration of justice. Specifically, the ban is sought on the basis that revealing the information in question about police tactics used in the investigation of O.N.E. will threaten the efficacy of ongoing police investigations of other suspects, and potentially expose officers involved in those operations to danger. As in *Mentuck*, since the respondent O.N.E. opposes the ban and as her fair trial rights are not in issue, it is inappropriate to consider these fair trial interests in the first branch of the analysis. Under the second branch of the analysis, I must weigh the effect of the ban on (a) the efficacy of police operations, as above; (b) the right of the public to freedom of expression; and (c) the right of the accused to a public trial.

Bon nombre des principes énoncés dans l'analyse faite dans *Mentuck* s'appliquent également au présent pourvoi. Je ne reprends donc pas cette analyse en détail. L'interdiction de publication demandée dans *Mentuck* et celle demandée dans le présent pourvoi sont en fait identiques, et les plaidoiries afférentes aux deux pourvois ont été entendues conjointement. Comme dans *Mentuck*, le premier volet du critère exige que j'examine la nécessité de l'interdiction en fonction de son objet, qui vise à assurer la bonne administration de la justice. En particulier, on demande l'interdiction au motif que la divulgation des renseignements en question sur les tactiques policières utilisées dans l'enquête dont O.N.E. a fait l'objet risque de nuire à l'efficacité d'enquêtes policières en cours au sujet d'autres suspects et de mettre en danger les policiers participant à ces opérations. Comme dans *Mentuck*, étant donné que l'intimée O.N.E. s'oppose à l'interdiction et que son droit à un procès équitable n'est pas en cause, il ne convient pas d'examiner ce droit dans le cadre du premier volet de l'analyse. Suivant le deuxième volet de l'analyse, je dois soupeser l'effet probable de l'interdiction sur : a) l'efficacité des opérations policières, comme dans le premier volet; b) le droit du public à la liberté d'expression; c) le droit de l'accusé à un procès public.

11

For the reasons set out in *Mentuck*, I find that the publication ban issued in this case cannot be regarded as "necessary" in the interests of the administration of justice. I do not find that the efficacy of police investigative techniques, or the safety of officers in the field, is significantly

Pour les motifs exposés dans *Mentuck*, je conclus que l'interdiction de publication ordonnée en l'espèce ne peut pas être considérée comme « nécessaire » dans l'intérêt de l'administration de la justice. Je n'estime pas que l'efficacité des techniques d'enquête policière, ou la sécurité des policiers partici-

compromised by the publication of the information at issue.

Furthermore, although it is not strictly necessary to decide the point, I find that the salutary effects of the ban are outweighed by the deleterious effects. The salutary effects on the efficacy of police operations and the safety of officers are not serious. Given that suspects may learn of the types of undercover operations employed by police from other sources, such as popular films and novels, the risk that media reports alone will tip them off is not a serious risk. And given that this type of operation surrounds a suspect with many police officers, I consider the risk to officer safety speculative and not compelling.

The deleterious effects, however, are substantial. The freedom of the press is abridged in respect of discussions that lie at the core of freedom of expression — discussions of the proper role and acceptable activities of the police. Furthermore, the accused's right to a public trial, and the vindication associated with public awareness of the nature of the evidence on which she was acquitted, are seriously compromised by the ban. An acquittal can be difficult to live with when the public believes that it was gained only on a "technicality", rather than because there were serious doubts about the authenticity of the confession at issue in this case. I take note that in this case media reports largely portrayed the accused as having been acquitted on such technical grounds, when in fact the credibility of the Crown's major evidence — the accused's confession — was the major issue of fact.

However, again in accordance with the reasoning in *Mentuck*, I find that the ban on publication of information tending to identify the particular officers involved in the operation, including their names, likenesses and physical descriptions, can be regarded as necessary in order to further the proper

pant à l'enquête, soit grandement compromise par la publication des renseignements en cause.

En outre, bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire de trancher la question, je conclus que les effets préjudiciables de l'interdiction l'emportent sur ses effets bénéfiques. Les effets bénéfiques sur l'efficacité des opérations policières et la sécurité des policiers ne sont pas sérieux. Étant donné que les suspects peuvent apprendre d'autres sources, comme les films et romans populaires, à quel genre d'opérations secrètes se livre la police, la possibilité qu'à eux seuls les rapports des médias leur mettent la puce à l'oreille ne constitue pas un risque sérieux. Par ailleurs, comme de nombreux policiers encerclent un suspect dans ce genre d'opération, j'estime que le danger couru par les policiers est hypothétique et qu'il ne constitue pas un argument convaincant.

Les effets préjudiciables, par contre, sont importants. On réduit la liberté de la presse quant à des débats se trouvant au cœur de la liberté d'expression, lesquels portent sur le rôle que doit jouer la police et sur ses activités jugées acceptables. De plus, l'interdiction compromet sérieusement le droit de l'accusée à un procès public et la défense des droits liée à la connaissance par le public de la nature de la preuve qui a mené à l'acquiescement de l'accusée. Il peut être difficile pour l'accusée de s'accommoder d'un acquiescement si le public croit qu'elle l'a obtenu uniquement en raison de « subtilités juridiques », plutôt qu'en raison du fait qu'il existait de sérieux doutes quant à l'authenticité de l'aveu en cause en l'espèce. Je fais remarquer qu'ici, les médias ont en grande partie indiqué que l'accusée avait été acquittée pour une pure question de forme, alors qu'en réalité, la crédibilité de l'élément de preuve le plus important du ministère public, à savoir l'aveu de l'accusée, constituait la principale question de fait.

Cependant, toujours conformément au raisonnement suivi dans *Mentuck*, je conclus que l'interdiction de publier des renseignements susceptibles de permettre l'identification des policiers ayant participé à l'opération, notamment par leur nom, leur apparence et leur description, peut être con-

12

13

14

administration of justice. Were the current targets of similar undercover operations to become aware that the names of their apparent criminal associates were in fact the names of undercover police officers, the likelihood that the operation would be compromised approaches certainty. I also find that the salutary effects of that limited ban do outweigh the deleterious effects. The right of the accused to a public trial is not seriously affected, and the purpose of the freedom of expression guarantee is not implicated by this ban. On the other hand, officers currently in the field may, indeed, find their operations ineffective if their identities and appearances are widely publicized. But I would still restrict the term of this ban to a period of one year from the date on which this judgment is released. The identity of police officers should not be, as a matter of general practice, shrouded in secrecy forever, absent serious and individualized dangers. A force of anonymous, undercover police is not the sort of institution the courts may legitimately, in effect, create; such would be the appearance of an order restraining publication of their identities in perpetuity.

III. Conclusion

15

Accordingly, I would allow the appeal and strike out paragraph (c) of the order of Edwards J., delete the letter “s” from the word “sub-paragraphs” and the words “and (c)” from paragraph (b) of that order, and declare the remaining ban on publication effective for a period of one year following the release of this judgment. By that time, the operations in which these officers are currently involved should be completed. There will be no order as to costs as the appellant did not request them.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

sidérée comme nécessaire pour la bonne administration de la justice. Si les personnes visées par de semblables opérations secrètes en cours apprenaient que les noms de leurs pseudo-partenaires dans le crime étaient en réalité ceux de policiers banalisés, il est pratiquement certain que ces opérations seraient compromises. Je conclus également que les effets bénéfiques de cette interdiction limitée l'emportent sur ses effets préjudiciables. Elle ne porte pas gravement atteinte au droit de l'accusée à un procès public et ne touche pas l'objet de la garantie de la liberté d'expression. Par contre, les policiers actuellement sur le terrain peuvent vraiment trouver que les opérations auxquelles ils participent perdent toute leur efficacité si leur identité et leur apparence sont largement médiatisées. Je suis néanmoins d'avis de restreindre la durée de cette interdiction à un an, calculée à partir de la date du prononcé des présents motifs. Règle générale, en l'absence de danger grave et personnalisé, l'identité des policiers ne doit pas être gardée secrète indéfiniment. Une force composée d'une « police secrète » anonyme ne constitue pas le genre d'institution que les tribunaux peuvent légitimement, en fait, créer; telle serait l'impression que donnerait une ordonnance interdisant à perpétuité la publication de l'identité des policiers.

III. Conclusion

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, de radier l'alinéa c) de l'ordonnance du juge Edwards et, à l'alinéa b) de cette ordonnance, de remplacer « aux alinéas a) et c) » par « à l'alinéa a) », puis de déclarer l'interdiction de publication ainsi modifiée en vigueur pour un an suivant le prononcé du présent jugement. À l'expiration de cette période, les opérations auxquelles ces policiers participent actuellement devraient être terminées. Aucune ordonnance ne sera rendue quant aux dépens étant donné que l'appelant ne les a pas demandés.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen: The Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent O.N.E.: Rankin & Bond, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Paul S. McMurray, Burnaby.

Solicitors for the intervener the Canadian Newspaper Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimée O.N.E. : Rankin & Bond, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Le procureur général du Canada, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association : Paul S. McMurray, Burnaby.

Procureurs de l'intervenante l'Association des journaux canadiens : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Daniel Matthew Nette *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. NETTE

Neutral citation: 2001 SCC 78.

File No.: 27669.

2001: January 16; 2001: November 15.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Second degree murder — Causation — Charge to jury — Appropriate standard of causation for second degree murder — How applicable standard should be explained to jury — Whether trial judge misdirected jury on standard of causation.

Criminal law — Murder — Causation — Whether same standard of causation applicable to all homicide offences — Whether “substantial cause” standard applies only to first degree murder under s. 231(5) of Criminal Code.

A 95-year-old widow who lived alone was robbed and left bound with electrical wire on her bed with a garment around her head and neck. Sometime during the next 48 hours, she died from asphyxiation. During an RCMP undercover operation, the accused told a police officer that he had been involved in the robbery and death. The accused was charged with first degree murder under s. 231(5) of the *Criminal Code* — murder while committing the offence of unlawful confinement — and tried before a judge and jury. At trial, he claimed that he had fabricated the admission. He testified that he had gone alone to the victim's house only with intent to break and enter, that the back door to the house was open as though someone already had broken into the home, and that he

Daniel Matthew Nette *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. NETTE

Référence neutre : 2001 CSC 78.

N° du greffe : 27669.

2001 : 16 janvier; 2001 : 15 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit criminel — Meurtre au deuxième degré — Lien de causalité — Exposé au jury — Critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré — Façon d'expliquer ce critère au jury — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives erronées sur le critère de causalité applicable?

Droit criminel — Meurtre — Lien de causalité — Le critère de causalité applicable est-il le même pour toutes les infractions d'homicide? — Le critère de la « cause substantielle » s'applique-t-il seulement au meurtre au premier degré prévu à l'art. 231(5) du Code criminel?

Une veuve de 95 ans vivant seule a été victime d'un vol puis abandonnée dans son lit après qu'on l'eut ligotée avec un fil électrique et qu'on lui eut enroulé un vêtement autour de la tête et du cou. Elle est morte asphyxiée au cours des 48 heures qui ont suivi. Pendant une opération secrète de la GRC, l'accusé a dit à un policier qu'il avait joué un rôle relativement au vol commis contre la victime et au décès de cette dernière. L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré en vertu du par. 231(5) du *Code criminel* — meurtre commis en perpétrant l'infraction de séquestration — et a subi son procès devant un juge et un jury. Au procès, il a soutenu que son aveu était une pure invention de sa part. Il a témoigné qu'il s'était rendu seul au domicile de la victime dans le seul but de s'y

left after finding the victim already dead in her bedroom. The trial judge charged the jury on manslaughter, second degree murder and first degree murder under s. 231(5) of the *Code*. In response to a request from the jury that he clarify the elements of first degree murder and the “substantial cause” test, the trial judge essentially reiterated his charge. Overall, he charged that the standard of causation for manslaughter and second degree murder was that the accused’s actions must have been “more than a trivial cause” of the victim’s death while, for first degree murder under s. 231(5), the accused’s actions also must have been a “substantial cause” of her death. On two occasions, however, once in the main charge and once in the re-charge, he described the standard of causation for second degree murder as “the slight or trivial cause necessary to find second degree murder” instead of “more than a trivial cause”. The jury found the accused guilty of second degree murder and the Court of Appeal upheld that verdict. The only ground of appeal both before the Court of Appeal and this Court concerned the test of causation applicable to second degree murder.

Held: The appeal should be dismissed. The jury’s verdict of second degree murder is upheld.

Per Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Responsibility for causing a result, in this case death, must be determined both in fact and in law. Factual causation concerns how the victim came to death in a medical, mechanical, or physical sense and the accused’s contribution. Legal causation concerns the accused’s responsibility in law and is informed by legal considerations such as the wording of the offence and principles of interpretation. These considerations reflect fundamental principles of criminal justice. The inquiry to find legal causation can be expressed as determining whether the result can fairly be said to be imputable to the accused. Although the jury does not engage in a two-part analysis of causation, the charge to the jury should convey the requisite degree of factual and legal causation. The starting point is usually the unlawful act itself. It will rarely be necessary to charge the jury on the standard of causation if the requisite mental element for the offence exists because the *mens rea* requirement usually resolves concerns about

introduire par effraction, que la porte arrière était ouverte comme si quelqu’un s’était déjà introduit dans la maison et qu’il avait quitté les lieux après avoir découvert la victime sans vie dans sa chambre à coucher. Le juge du procès a donné au jury des directives sur l’homicide involontaire coupable, le meurtre au deuxième degré et le meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code*. Pour répondre à une demande du jury visant à obtenir des précisions sur le critère de la « cause substantielle » et les éléments constitutifs du meurtre au premier degré, le juge a essentiellement répété ce qu’il avait dit dans son exposé. Dans l’ensemble, il a expliqué que, selon le critère de causalité applicable à l’homicide involontaire coupable et au meurtre au deuxième degré, les actes de l’accusé devaient avoir « contribué d’une façon plus que négligeable » à la mort de la victime, alors que dans le cas du meurtre au premier degré prévu au par. 231(5), ses actes devaient également constituer une « cause substantielle » de la mort de la victime. Cependant, à deux reprises, dont une fois dans l’exposé principal et l’autre fois dans ses nouvelles directives, le juge du procès a décrit le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré comme étant celui de la « cause mineure ou négligeable requise pour conclure au meurtre au deuxième degré », au lieu de la cause ayant « contribué d’une façon plus que négligeable ». Le jury a déclaré l’accusé coupable de meurtre au deuxième degré et la Cour d’appel a confirmé ce verdict. Le seul moyen d’appel invoqué tant devant la Cour d’appel que devant notre Cour concerne le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Le verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcé par le jury est confirmé.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel : La responsabilité relative à un résultat donné, en l’espèce la mort, doit être établie tant sur le plan des faits que sur celui du droit. La causalité factuelle concerne la façon dont la victime est morte sur le plan médical, technique ou physique, et à la façon dont l’accusé a contribué à ce résultat. La causalité juridique a trait à la responsabilité en droit de l’accusé et repose sur des considérations juridiques telles que le libellé de l’article créant l’infraction et les principes d’interprétation. Ces considérations juridiques reflètent les principes fondamentaux de la justice criminelle. La façon d’établir la causalité juridique peut être décrite comme consistant à se demander si on peut dire à juste titre que le résultat est imputable à l’accusé. Bien que le jury n’effectue pas une analyse à deux volets de la causalité, le juge du procès doit dans son exposé lui expliquer le lien de causalité requis tant sur le plan factuel que sur le plan juridique. C’est l’acte illégal en soi qui constitue habituellement le premier maillon du

causation. The law of causation is in large part judicially developed but it is also expressed in the *Criminal Code*. Where a factual situation does not fall within a statutory rule of causation, the criminal common law applies. The civil law of causation is of limited assistance in elucidating the criminal standard of causation.

It is not appropriate in jury charges to formulate a separate causation test for second degree murder. The causation standard expressed in *Smithers* is still valid and applicable to all forms of homicide. The standard, however, need not be expressed as “a contributing cause of death, outside the *de minimis* range”. The concept of causation and the terminology used to express that concept are distinct. Latin expressions or the formulation of the test in the negative are not useful means of conveying an abstract idea. It is preferable to use positive terms such as “significant contributing cause” rather than “not a trivial cause” or “not insignificant”. Also, because causation issues are case-specific and fact-driven, trial judges should have discretion to choose terminology relevant to the circumstances of the case. In the case of first degree murder under s. 231(5) of the *Code*, a jury must also consider the additional *Harbottle* “a substantial causation” standard but only after finding the accused guilty of murder. This standard, which indicates a higher degree of legal causation, comes into play at the stage of deciding whether the accused’s degree of blameworthiness warrants the increased penalty and stigma of first degree murder. Such a high degree of blameworthiness would only be established where the actions of the accused were found to be an essential, substantial and integral part of the killing of the victim. The *Harbottle* standard stresses the increased degree of participation required before an accused may be convicted of first degree murder under s. 231(5).

The difficulty in establishing a single, conclusive medical cause of death does not lead to the legal conclusion that there were multiple operative causes of death. In a homicide trial, the question is not who or what caused the

lien de causalité. Il est rarement nécessaire de donner au jury des directives sur le critère de causalité lorsque l’élément moral requis pour l’infraction existe, étant donné que l’exigence de *mens rea* règle habituellement toute question qui se pose en matière de causalité. Les règles de droit applicables en matière de causalité sont en grande partie établies par les tribunaux, mais elles se dégagent aussi du *Code criminel*. Lorsqu’une situation factuelle n’est pas visée par une règle législative en matière de causalité, les principes de common law régissant le droit criminel s’appliquent. Les règles de droit civil applicables en matière de causalité ne sont pas d’un grand secours pour élucider le critère qui s’applique en matière criminelle.

Il ne convient pas de formuler, dans les exposés au jury, un critère de causalité distinct pour le meurtre au deuxième degré. Le critère de causalité formulé dans l’arrêt *Smithers* est encore valide et applicable à toutes les formes d’homicide. Cependant, ce critère n’a pas à être décrit comme étant celui de la cause ayant « contribué à la mort de façon plus que mineure ». Le concept de causalité et la terminologie utilisée pour l’exprimer sont distincts. L’emploi d’expressions latines et la formulation de critères sous la forme négative ne sont pas utiles pour expliquer une notion abstraite. Il est préférable de recourir à une formule affirmative comme celle de la « cause ayant contribué de façon appréciable » plutôt qu’à l’expression « cause ayant contribué d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante ». De même, étant donné que les questions relatives à la causalité sont particulières à chaque cas et reposent sur les faits, le juge du procès devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de choisir la terminologie pertinente eu égard aux circonstances de l’affaire. Dans le cas du meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code*, le jury doit également examiner l’autre critère de la « cause substantielle » établi dans l’arrêt *Harbottle*, mais seulement après avoir conclu que l’accusé est coupable de meurtre. Ce critère, qui traduit un degré plus élevé de causalité juridique, entre en jeu au moment de décider si le degré de culpabilité morale de l’accusé justifie la stigmatisation et la peine accrues qui sont liées au meurtre au premier degré. L’existence d’un degré aussi élevé de culpabilité morale ne sera établie que si on conclut que les actes de l’accusé constituent un élément essentiel et substantiel du meurtre de la victime. Le critère de l’arrêt *Harbottle* met l’accent sur l’exigence d’un degré plus grand de participation de l’accusé pour qu’il puisse être déclaré coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5).

La difficulté d’établir l’existence d’une seule cause médicale déterminante du décès n’amène pas à conclure en droit que le décès est attribuable à des causes multiples. Dans un procès pour homicide, la question qui se

victim's death but whether the accused caused the death. The fact that other persons or factors may have contributed to the result may or may not be legally significant in the trial of the one accused charged with the offence. It will be significant, and exculpatory, if independent factors, occurring before or after the acts or omissions of the accused, legally sever the link that ties him to the prohibited result. This case involves neither multiple causes nor intervening causes nor a thin-skull victim so it was unnecessary to instruct the jury on the law of causation beyond stating the need to find that the accused caused the victim's death. However, in relation to the charge of first degree murder under s. 231(5) of the *Code*, it was necessary for the trial judge to instruct the jury in accordance with *Harbottle*.

The trial judge accurately stated the correct standard of causation for second degree murder. Although, on two occasions, he misspoke in describing the appropriate test, by contrasting the high standard of causation for first degree murder with "the slight or trivial cause necessary to find second degree murder", these errors would not have caused the jury to believe that the applicable standard of causation for second degree murder was lower than the *Smithers* standard of "more than a trivial cause". Given that the jury found the accused guilty of second degree murder, it must be concluded that the jury found that the accused had the requisite intent for the offence of murder, namely subjective foresight of death. The jury's conclusion with respect to intent could not have been affected by the instructions on causation. No reasonable jury could have had any doubt about whether the accused's actions constituted a significant, operative cause of the victim's death. Whatever the jury's reasons for acquitting the accused of first degree murder, the jury's verdict of second degree murder is unimpeachable.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.: The test for causation for culpable homicide set out in *Smithers* should not be changed from "a contributing cause of death, outside the *de minimis* range" into "a significant contributing cause". The current language is the correct formulation and should be used to express the standard of causation to the jury for all homicide offences. To avoid a Latin expression, an appropriate version would be "a contributing cause [of death] that is not trivial or insignificant". The terms "not trivial" and "not insignificant" accurately express a stand-

pose est de savoir non pas qui ou quoi a causé la mort de la victime, mais plutôt si l'accusé a causé cette mort. Le fait que d'autres personnes ou facteurs peuvent avoir contribué au résultat peut être important sur le plan juridique lors du procès de la personne accusée de l'infraction. Ce fait sera important et disculpatoire si des facteurs indépendants, antérieurs ou postérieurs aux actes ou omissions de l'accusé, rompent juridiquement le lien entre celui-ci et le résultat prohibé. Il n'est pas question en l'espèce de causes multiples, de causes subséquentes ou de vulnérabilité de la victime, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de donner au jury des directives sur les règles applicables en matière de causalité, si ce n'est pour leur faire part de la nécessité de conclure que l'accusé a causé la mort de la victime. Toutefois, en ce qui concerne l'accusation de meurtre au premier degré fondée sur le par. 231(5) du *Code*, il était nécessaire que le juge du procès donne au jury des directives conformément à l'arrêt *Harbottle*.

Le juge du procès a énoncé correctement le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré. Bien qu'il ait, à deux reprises, mal décrit le critère approprié en comparant le critère exigeant applicable au meurtre au premier degré à la « cause mineure ou négligeable requise pour conclure au meurtre au deuxième degré », ces erreurs n'ont pas amené le jury à croire que le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré était moindre que celui de la cause ayant « contribué d'une façon plus que négligeable », établi dans l'arrêt *Smithers*. Étant donné que le jury a déclaré l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré, il faut conclure qu'il a considéré que celui-ci avait eu l'intention requise pour l'infraction de meurtre, savoir qu'il y avait eu prévision subjective de la mort de sa part. Les directives sur le lien de causalité n'auraient pas pu avoir d'incidence sur la conclusion du jury relative à l'intention. Aucun jury raisonnable n'aurait pu douter que les actes de l'accusé constituaient une cause appréciable et véritable de la mort de la victime. Quels que soient les motifs pour lesquels le jury a acquitté l'accusé relativement à l'accusation de meurtre au premier degré, son verdict de meurtre au deuxième degré est inattaquable.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache : Le critère de causalité applicable à l'homicide coupable, établi dans l'arrêt *Smithers*, à savoir celui de la cause ayant « contribué à la mort de façon plus que mineure », ne devrait pas être changé en celui de la « cause ayant contribué de façon appréciable ». L'expression actuelle est la bonne formulation qui devrait être utilisée pour expliquer au jury le critère de causalité applicable à toutes les infractions d'homicide. Pour éviter le recours à une expression latine, on pourrait parler de « cause ayant contribué [à la

ard that has withstood the test of time as an authoritative test of causation. There is no legitimate reasons to reformulate it.

There is a meaningful difference between “a contributing cause [of death] that is not trivial or insignificant” and a “significant contributing cause”. The suggested change in terminology drastically changes the substance of the causation test and ignores the reason for using a double negative. A “significant contributing cause” standard calls for a more direct causal relationship than the “not insignificant” or “not trivial” test, thus raising the threshold of causation for culpable homicide from where it currently stands. The word “significant” implies an elevated contribution and is not equivalent to “not insignificant”. It is crucial to use exact language because language is the medium through which law finds expression and language is an outward sign of our legal reasoning. Trial judges should continue to use the current language of “a contributing cause [of death] that is not trivial or insignificant” for all homicide offences.

Cases Cited

By Arbour J.

Explained: *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506; *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306; **referred to:** *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *R. v. Cribbin* (1994), 17 O.R. (3d) 548; *R. v. Meiler* (1999), 136 C.C.C. (3d) 11; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Droste*, [1984] 1 S.C.R. 208; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *British Columbia Electric Railway Co. v. Loach*, [1916] A.C. 719; *R. v. Pagett* (1983), 76 Cr. App. R. 279; *R. v. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141; *Royall v. R.* (1991), 100 A.L.R. 669; *R. v. Smith* (1959), 43 Cr. App. R. 121; *R. v. Cheshire*, [1991] 3 All E.R. 670; *R. v. Hennigan*, [1971] 3 All E.R. 133; *Dulieu v. White*, [1901] 2 K.B. 669; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506; *Deeks v. Wells*, [1931] O.R. 818.

mort] d'une façon qui n'est pas négligeable ou insignifiante ». Les termes « qui n'est pas négligeable ou insignifiante » décrivent adéquatement la norme en matière de lien de causalité qui a résisté à l'épreuve du temps. Il n'y a aucune raison légitime de reformuler cette norme.

Il existe une différence manifeste entre l'expression « cause ayant contribué d'une façon qui n'est pas négligeable ou insignifiante » et l'expression « cause ayant contribué de façon appréciable ». Le changement de terminologie proposé a pour effet de modifier radicalement le contenu du critère de causalité et ne tient pas compte de la raison pour laquelle une double négation est utilisée. L'expression « cause ayant contribué de façon appréciable » exige un lien de causalité plus direct que le critère de la « cause ayant contribué [à la mort] d'une façon qui n'est pas négligeable ou insignifiante », et par conséquent, ce changement de terminologie a pour effet de hausser le critère de causalité actuellement applicable à l'homicide coupable. L'adjectif « appréciable » sert à qualifier quelque chose qui a contribué fortement et n'équivaut pas à l'expression « qui n'est pas insignifiant ». L'utilisation du mot juste revêt une importance cruciale étant donné que la langue est le moyen d'exprimer le droit et qu'elle sert à exprimer notre raisonnement juridique. Les juges du procès devraient continuer d'utiliser l'expression actuelle « cause ayant contribué [à la mort] d'une façon qui n'est pas négligeable ou insignifiante » pour toutes les infractions d'homicide.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Arrêts interprétés : *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506; *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306; **arrêts mentionnés :** *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *R. c. Cribbin* (1994), 17 O.R. (3d) 548; *R. c. Meiler* (1999), 136 C.C.C. (3d) 11; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Droste*, [1984] 1 R.C.S. 208; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *British Columbia Electric Railway Co. c. Loach*, [1916] A.C. 719; *R. c. Pagett* (1983), 76 Cr. App. R. 279; *R. c. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141; *Royall c. R.* (1991), 100 A.L.R. 669; *R. c. Smith* (1959), 43 Cr. App. R. 121; *R. c. Cheshire*, [1991] 3 All E.R. 670; *R. c. Hennigan*, [1971] 3 All E.R. 133; *Dulieu c. White*, [1901] 2 K.B. 669; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés : *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506; *Deeks c. Wells*, [1931] O.R. 818.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21, 81, 222, 225, 226, 229, 230, 231, (5) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 40(2) (Sch. I, item 3)], (6) [ad. 1997, c. 16, s. 3], (6.1) [*idem*, c. 23, s. 8], 264.

Authors Cited

Editorial, "Semantics and the threshold test for imputable causation" (2000), 24 *Crim. L.J.* 73.

Klinck, Dennis R. *The Word of the Law*. Ottawa: Carleton University Press, 1992.

Presser, Jill. "All for a Good Cause: The Need for Overhaul of the *Smithers* Test of Causation" (1994), 28 C.R. (4th) 178.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1995.

Tiersma, Peter M. *Legal Language*. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

Weissman, Gary A. "Legal Esoterica: Reality is shaped by the language we use: 'Jack and the Beanstalk' as told by a judge, a psychiatrist, and an economist" (1986), 29 *Advocate* (Idaho) 22.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens, 1983.

Yeo, Stanley. "Blamable Causation" (2000), 24 *Crim. L.J.* 144.

Yeo, Stanley. "Giving Substance to Legal Causation" (2000), 29 C.R. (5th) 215.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 131 B.C.A.C. 104, 214 W.A.C. 104, 141 C.C.C. (3d) 130, 29 C.R. (5th) 195, [1999] B.C.J. No. 2836 (QL), 1999 BCCA 743, upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Gil D. McKinnon, Q.C., for the appellant.

Richard C. C. Peck, Q.C., and *Nikos Harris*, for the respondent.

Lucy Cecchetto, for the intervener the Attorney General for Ontario.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I had the benefit of reading my colleague Madam Justice Arbour's reasons

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21, 81, 222, 225, 226, 229, 230, 231, (5) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 40(2) (ann. I, n^o 3); mod. ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 5)], (6) [aj. 1997, ch. 16, art. 3], (6.1) [*idem*, ch. 23, art. 8], 264.

Doctrine citée

Editorial, « Semantics and the threshold test for imputable causation » (2000), 24 *Crim. L.J.* 73.

Klinck, Dennis R. *The Word of the Law*. Ottawa : Carleton University Press, 1992.

Presser, Jill. « All for a Good Cause : The Need for Overhaul of the *Smithers* Test of Causation » (1994), 28 C.R. (4th) 178.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 3rd ed. Scarborough : Carswell, 1995.

Tiersma, Peter M. *Legal Language*. Chicago : University of Chicago Press, 1999.

Weissman, Gary A. « Legal Esoterica : Reality is shaped by the language we use : "Jack and the Beanstalk" as told by a judge, a psychiatrist, and an economist » (1986), 29 *Advocate* (Idaho) 22.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London : Stevens, 1983.

Yeo, Stanley. « Blamable Causation » (2000), 24 *Crim. L.J.* 144.

Yeo, Stanley. « Giving Substance to Legal Causation » (2000), 29 C.R. (5th) 215.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1999), 131 B.C.A.C. 104, 214 W.A.C. 104, 141 C.C.C. (3d) 130, 29 C.R. (5th) 195, [1999] B.C.J. No. 2836 (QL), 1999 BCCA 743, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Gil D. McKinnon, c.r., pour l'appellant.

Richard C. C. Peck, c.r., et *Nikos Harris*, pour l'intimée.

Lucy Cecchetto, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue madame le juge

and while I concur in the result she reaches, I do not agree with her suggestion to rephrase the standard of causation for culpable homicide set out by this Court in *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506. Writing for the Court, Dickson J. (as he then was) articulated the causation test in the following manner (at p. 519):

The second sub-question raised is whether there was evidence on the basis of which the jury was entitled to find that it had been established beyond a reasonable doubt that the kick caused the death. In answer to this question it may shortly be said that there was a very substantial body of evidence, both expert and lay, before the jury indicating that the kick was at least a contributing cause of death, outside the *de minimis* range, and that is all that the Crown was required to establish. [Emphasis added.]

2

To avoid resorting to the Latin expression, Lambert J.A., in the Court of Appeal's ruling in this case ((1999), 141 C.C.C. (3d) 130), suggested an English version that I believe adequately reflects *Smithers'* beyond *de minimis* standard (at para. 29):

In the *Smithers* case the relevant causal standard is described in the words "a contributing cause beyond *de minimis*". If one were to avoid the Latin, which a jury may find confusing, the *Smithers* standard is "a contributing cause that is not trivial or insignificant". See *Crimji* 6.45, para.17. [Emphasis added.]

3

In her reasons, my colleague also refers to the English translation of the *Smithers* test when she writes (at para. 54): "Since *Smithers*, the terminology of 'beyond *de minimis*' or 'more than a trivial cause' has been used interchangeably with "outside the *de minimis* range" to charge juries as to the relevant standard of causation for all homicide offences, be it manslaughter or murder."

4

The terms "not trivial" and "not insignificant" are accurate and do not alter the *Smithers* standard.

Arbour et, bien que je souscrive à la conclusion à laquelle elle arrive, je ne suis pas d'accord avec sa proposition de reformuler le critère de causalité applicable à l'homicide coupable, que notre Cour a énoncé dans l'arrêt *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a formulé ce critère de la manière suivante (à la p. 519) :

La seconde sous-question soulevée est de savoir s'il y avait des preuves autorisant le jury à conclure qu'il avait été établi au-delà de tout doute raisonnable que le coup de pied avait causé la mort. À cette question on peut répondre brièvement que témoins experts et ordinaires ont fourni au jury un ensemble de preuves très considérable indiquant que le coup de pied avait pour le moins contribué à la mort, de façon plus que mineure [*a contributing cause of death, outside the de minimis range*], et que c'est tout ce que le ministère public avait à établir. [Je souligne.]

Pour éviter d'utiliser l'expression latine *de minimis* figurant dans la version anglaise de l'arrêt *Smithers*, le juge Lambert de la Cour d'appel ((1999), 141 C.C.C. (3d) 130) a proposé un équivalent qui, à mon avis, traduit adéquatement le critère de cet arrêt (au par. 29) :

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Smithers*, on utilise les mots « *a contributing cause beyond de minimis* » (« [a] contribué à la mort de façon plus que mineure ») pour décrire le critère de causalité applicable. Si on veut éviter le recours à une expression latine qu'un jury pourrait trouver difficile à comprendre, on peut décrire le critère de l'arrêt *Smithers* comme étant celui de la « cause ayant contribué d'une façon qui n'est pas négligeable ou insignifiante ». Voir *Crimji* 6.45, par. 17. [Je souligne.]

Dans ses motifs, ma collègue mentionne aussi la manière dont le critère de l'arrêt *Smithers* est formulé lorsqu'elle écrit (au par. 54) : « Depuis l'arrêt *Smithers*, on utilise les expressions "cause ayant contribué de façon plus que mineure" ("*beyond de minimis*" ou "*outside the de minimis range*") ou "cause ayant contribué d'une façon plus que négligeable" dans les directives au jury sur le critère de causalité applicable à toutes les infractions d'homicide, peu importe qu'il s'agisse d'un homicide involontaire coupable ou d'un meurtre. »

Les termes « qui n'est pas négligeable ou insignifiante » sont adéquats et ne modifient pas le

which, it is worth noting, has withstood the test of time. As one author points out, *Smithers* is “the generally authoritative test of causation for all criminal offences” (J. Presser, “All for a Good Cause: The Need for Overhaul of the *Smithers* Test of Causation” (1994), 28 C.R. (4th) 178, at p. 178). In that regard, my colleague also recognizes that the *Smithers* causation standard is valid and applicable to all forms of homicide (at paras. 85 and 88):

As discussed above, I conclude that the test of causation is the same for all homicide offences and that it is not appropriate to apply a different standard of causation to the offences of manslaughter and murder. The applicable standard of causation has traditionally been articulated in this country on the basis of the language used in *Smithers* that the accused must be a cause of the death beyond *de minimis*. This standard has not been overruled in any subsequent decisions of this Court, including *Harbottle*.

There is only one standard of causation for homicide offences, including second degree murder. That standard may be expressed using different terminology, but it remains the standard expressed by this Court in the case of *Smithers*, supra. [Emphasis added.]

Having said so, my colleague suggests reformulating the *Smithers* beyond *de minimis* test, i.e., “a contributing cause [of death] that is not trivial or insignificant” in the language of a “significant contributing cause”. She asserts that (at para. 70):

There is a semantic debate as to whether “not insignificant” expresses a degree of causation lower than “significant”. This illustrates the difficulty in attempting to articulate nuances in this particular legal standard that are essentially meaningless.

Evidently, my colleague considers that this rephrasing is merely a matter of semantics and, in her view, it does not alter the current test. I respectfully disagree. In my opinion, this issue is a matter of substance, not semantics. There is a meaningful

critère de l'arrêt *Smithers* qui, il convient de le souligner, a résisté à l'épreuve du temps. Comme un auteur le souligne, l'arrêt *Smithers* est [TRADUCTION] « la norme générale en matière de lien de causalité applicable à toutes les infractions criminelles » (J. Presser, « All for a Good Cause : The Need for Overhaul of the *Smithers* Test of Causation » (1994), 28 C.R. (4th) 178, p. 178). À cet égard, ma collègue reconnaît aussi que le critère de causalité de l'arrêt *Smithers* est valide et applicable à toutes les formes d'homicide (aux par. 85 et 88) :

Comme je l'ai dit précédemment, je conclus que le critère de causalité est le même pour toutes les infractions d'homicide et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer un critère différent aux infractions d'homicide involontaire coupable et de meurtre. Dans notre pays, on a traditionnellement utilisé la terminologie de l'arrêt *Smithers* pour formuler le critère de causalité applicable, savoir que l'accusé doit avoir contribué à la mort de façon plus que mineure. Notre Cour n'a pas infirmé ce critère dans des arrêts ultérieurs, y compris l'arrêt *Harbottle*.

Un seul critère de causalité s'applique aux infractions d'homicide, y compris le meurtre au deuxième degré. Ce critère peut être formulé de différentes façons, mais il n'en demeure pas moins le critère que notre Cour a énoncé dans l'arrêt *Smithers*, précité. [Je souligne.]

Ceci dit, ma collègue propose de reformuler le critère de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure » pris dans le sens de « cause ayant contribué [à la mort] d'une façon qui n'est pas négligeable ou insignifiante », figurant dans l'arrêt *Smithers*, pour parler plutôt de « cause ayant contribué de façon appréciable » (« *significant contributing cause* »). Elle affirme, au par. 70 :

Il existe un débat sémantique quant à savoir si l'expression « qui n'est pas insignifiante » traduit un degré de causalité moindre que le mot « appréciable ». Cela montre la difficulté d'essayer d'apporter à ce critère juridique particulier des nuances essentiellement dépourvues de sens.

De toute évidence, ma collègue considère que cette reformulation est une simple question de sémantique et qu'elle ne modifie pas le critère actuel. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Selon moi, il s'agit d'une question de fond et non de

5

6

difference between expressing the standard as “a contributing cause that is not trivial or insignificant” and expressing it as a “significant contributing cause”. Changing the terminology of the *Smithers* test in this manner would drastically change its substance. On this point, I share Professor S. Yeo’s view in his article “Giving Substance to Legal Causation” (2000), 29 C.R. (5th) 215, at p. 219:

I submit that there is a material difference between describing something as “not an insignificant cause” on the one hand, and as “a significant cause” on the other. To ignore this difference is to ignore the reason for the use of a double negative in the first place. While the former description focuses the inquiry at the lower end of the scale of degrees of causation, the latter does not invoke such a focus. Using another set of words to illustrate my argument, when Mary says that she does not dislike John, she means, at most, that she is impartial towards him rather than that she likes him.

7

To claim that something not unimportant is important would be a sophism. Likewise, to consider things that are not dissimilar to be similar would amount to an erroneous interpretation. In the same vein, a substantial difference exists between the terms “not insignificant” and “significant”, and there is no doubt in my mind that to remove the double negative formulation from the *Smithers* causation test would effect a radical change to the law. I therefore agree with the position of both the respondent and the intervener that a “significant contributing cause” calls for a more direct causal relationship than the existing “not insignificant” or “not trivial” test, thus raising the standard from where it currently stands. As the respondent explains (see paras. 74 and 76 of the respondent’s factum):

It is further submitted that the term “significant cause” can also imply too high a causation standard. Like the term substantial, “significant” implies an elevated contribution, as the definition of the term includes “conveying information about the value of quantity . . . important, notable, consequential.” (*The New Shorter*

sémantique. Il existe une différence manifeste entre l’expression « cause ayant contribué d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante » et l’expression « cause ayant contribué de façon appréciable ». Une telle modification de la terminologie du critère de l’arrêt *Smithers* a pour effet d’en modifier radicalement le contenu. À ce sujet, je partage l’opinion exprimée par le professeur S. Yeo dans son article intitulé « Giving Substance to Legal Causation » (2000), 29 C.R. (5th) 215, p. 219 :

[TRADUCTION] J’estime que parler d’une « cause ayant contribué d’une façon qui n’est pas insignifiante » est très différent de parler d’une « cause ayant contribué de façon appréciable ». Faire abstraction de cette différence revient à ne pas tenir compte de la raison pour laquelle une double négation est utilisée au départ. Alors que, dans le premier cas, l’analyse est axée sur le bas de l’échelle du lien de causalité, il n’en est pas de même dans le deuxième cas. En d’autres termes, disons que lorsque Marie affirme qu’elle ne déteste pas Jean, elle veut dire, tout au plus, qu’elle n’éprouve aucun sentiment à son égard et non pas qu’elle l’aime bien.

Affirmer qu’une chose qui n’est pas sans importance est importante serait un sophisme. De même, il serait erroné de considérer que des choses qui ne sont pas dissemblables sont semblables. Dans le même ordre d’idées, il existe une différence appréciable entre les expressions « qui n’est pas insignifiante » et « appréciable », et il est selon moi indubitable que la suppression de la double négation dans la formulation du critère de causalité établi dans l’arrêt *Smithers* aurait pour effet de modifier considérablement le droit. Je partage donc le point de vue de l’intimée et de l’intervenant selon lequel l’expression « cause ayant contribué de façon appréciable » exige un lien de causalité plus direct que le critère actuel de la cause « ayant contribué d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante », et par conséquent, ce changement de terminologie a pour effet de hausser le critère actuellement applicable. Comme l’explique l’intimée (voir les par. 74 et 76 du mémoire de l’intimée) :

[TRADUCTION] Nous soutenons en outre que l’expression « *significant cause* » (« cause appréciable ») risque également d’engendrer un critère de causalité trop élevé. Tout comme l’adjectif « *substantial* » (« substantiel »), l’adjectif « *significant* » (« appréciable ») sert à qualifier quelque chose qui a contribué

Oxford Dictionary, supra at 2860); The Respondent respectfully disagrees with the analysis of Lambert J.A. in the Court of Appeal below . . . that the term significant can be equated with the term “not insignificant.” The term insignificant is defined as that which is “of no importance; trivial; trifling; contemptible.” (*The New Shorter Oxford Dictionary, supra* at 1379). Something that is not trivial or not trifling is not necessarily something that is important.

The imposition of a “substantial” or “significant” cause standard in a second degree murder case would permit a trier of fact to find that an accused did intend to cause the death of the victim, and that pursuant to that intent the accused contributed to the victim’s death in a manner that was not minimal, insignificant, or trivial, but then acquit the accused on the basis that the accused’s contribution could not be classified as an “important” [or “significant”] cause of death. . . . It is submitted that the wording of the standard which most accurately captures the proper broad causation threshold for second degree murder is that which instructs a jury that the accused’s conduct had to be a contributing cause of death which is more than insignificant, minimal, or trivial. [Emphasis added.]

(See also para. 55 of the intervener’s factum.)

Professor Yeo, in “Blamable Causation” (2000), 24 *Crim. L.J.* 144, makes an interesting observation in that regard (at p. 148):

The difference between this test [of a “significant contributing cause”] and the one of “beyond the de minimis range” is clearly seen when we place the discussion in the context of the tests for factual and blamable causation. First, the prosecution will have established factual causation if the triers of fact were satisfied that the proscribed result would not have occurred but for the defendant’s conduct. As noted earlier, this “but-for” test is made out if the defendant’s conduct was found to have been a more than trivial or negligible contribution of the result. Passing this initial test renders the defendant’s conduct a “contributing” cause to the result. The prosecution must then proceed to establish blamable causation by persuading the triers of fact that the defendant’s conduct was not just a contributing cause but that it

fortement étant donné qu’il signifie notamment « dont la mesure est grande, qui a beaucoup d’intérêt, qui a de grandes conséquences » (*The New Shorter Oxford Dictionary, op. cit.*, p. 2860). L’intimée ne partage pas l’avis du juge Lambert de la Cour d’appel [. . .] que l’adjectif « *significant* » (« appréciable ») peut être assimilé à « *not insignificant* » (« qui n’est pas insignifiant »). L’adjectif « *insignificant* » (« insignifiant ») désigne « ce qui est négligeable ou sans importance, ce qui ne mérite aucune attention » (*The New Shorter Oxford Dictionary, op. cit.*, p. 1379). Ce qui n’est pas négligeable ou sans importance n’est pas nécessairement important.

L’adoption du critère de la cause « substantielle » ou « appréciable » dans le cas du meurtre au deuxième degré permettrait au juge des faits de conclure qu’un accusé avait l’intention de causer la mort de la victime et que, en donnant suite à cette intention, il a contribué à la mort de la victime d’une façon qui n’était pas minime, insignifiante ou négligeable, puis d’acquitter l’accusé pour le motif qu’il est impossible d’affirmer qu’il a contribué de façon « importante » ou « appréciable » à la mort. [. . .] Selon nous, la meilleure façon de formuler le critère général de causalité applicable au meurtre au deuxième degré est d’indiquer au jury que l’accusé doit, par sa conduite, avoir contribué à la mort de la victime d’une façon qui est plus qu’insignifiante, minime ou négligeable. [Je souligne.]

(Voir aussi le par. 55 du mémoire de l’intervenant.)

Dans son article « Blamable Causation » (2000), 24 *Crim. L.J.* 144, le professeur Yeo fait une remarque intéressante à cet égard (à la p. 148) :

[TRADUCTION] On voit clairement la différence entre ce critère [de la « cause ayant contribué de façon appréciable »] et celui de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure » lorsqu’on aborde les critères de la causalité factuelle et répréhensible. Tout d’abord, la poursuite aura établi l’existence de causalité factuelle si le juge des faits est convaincu que le résultat prohibé ne se serait pas produit n’eût été la conduite du défendeur. Comme nous l’avons vu, ce critère du « n’eût été » est respecté dès que l’on conclut que la conduite du défendeur a contribué d’une façon plus que négligeable au résultat. Lorsqu’elle satisfait à ce critère initial, la conduite du défendeur devient une cause du résultat. La poursuite doit ensuite établir l’existence de causalité répréhensible en convainquant le juge des faits que le défendeur a

“significantly” contributed to the result. [Emphasis added.]

non seulement contribué par sa conduite au résultat, mais qu’il y a contribué « de façon appréciable ». [Je souligne.]

9 Accordingly, I find that recasting the *Smithers* “beyond *de minimis*” test in the language of a “significant contributing cause” is unwarranted because it raises the threshold of causation for culpable homicide without any reasons for doing so and none, of course, is given since my colleague indicates that the proposed reformulation does not modify the *Smithers* standard.

En conséquence, j’estime qu’il est injustifié de transformer le critère de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure », dont il est question dans l’arrêt *Smithers*, en critère de la « cause ayant contribué de façon appréciable » étant donné que cela a pour effet de hausser le critère de causalité applicable à l’homicide coupable sans qu’il n’y ait aucune raison de le faire et sans qu’aucun motif ne soit évidemment fourni puisque ma collègue indique que la reformulation proposée ne modifie aucunement le critère de l’arrêt *Smithers*.

10 Words have a meaning that should be given to them and different words often convey very different standards to the jury. In my view, describing a contributing cause as having a “significant” impact attaches a greater degree of influence or importance to it than do the words “not insignificant”. As a recent editorial of the *Criminal Law Journal* observes: “Semantics, popular usage of words and expressions, and common sense all have their respective critical roles to play in the determination of causation in the criminal law” (“Semantics and the threshold test for imputable causation” (2000), 24 *Crim. L.J.* 73, at pp. 74-75).

Les mots ont le sens qui doit leur être donné, et des mots différents évoquent souvent des critères très différents pour le jury. À mon avis, lorsqu’on dit d’une cause qu’elle a un effet « appréciable », on lui attribue une incidence ou importance plus grande que ne le fait l’expression « qui n’est pas insignifiante ». Comme l’indique un récent éditorial du *Criminal Law Journal* : [TRADUCTION] « La sémantique, l’usage courant des mots et des expressions et le bon sens jouent chacun un rôle décisif dans la détermination du lien de causalité en matière de droit criminel » (« Semantics and the threshold test for imputable causation » (2000), 24 *Crim. L.J.* 73, p. 74-75).

11 Moreover, it is worth emphasizing that language is the medium through which the law finds expression. As P. M. Tiersma, an American law professor and author, duly points out in *Legal Language* (1999), at p. 1:

De plus, il convient de souligner que la langue est le moyen d’exprimer le droit. Comme P. M. Tiersma, professeur de droit et auteur américain, le fait remarquer à juste titre dans *Legal Language* (1999), p. 1 :

Our law is a law of words. Although there are several major sources of law in the Anglo-American tradition, all consist of words. Morality or custom may be embedded in human behavior, but law — virtually by definition — comes into being through language. Thus, the legal profession focuses intensely on the words that constitute the law, whether in the form of statutes, regulations, or judicial opinions.

[TRADUCTION] Notre droit est constitué de mots. Bien qu’il existe diverses sources de droit importantes dans la tradition anglo-américaine, celles-ci sont toutes constituées de mots. La moralité ou la coutume peut faire partie intégrante du comportement humain, mais le droit — presque par définition — doit son existence à la langue. Ainsi, les juristes mettent énormément l’accent sur les mots qui constituent le droit, qu’il s’agisse de lois, de règlements ou d’opinions judiciaires.

12 Language is the outward sign of our legal reasoning. The words we use provide a filter through which we view and acknowledge legal concepts (see G. A. Weissman, “Legal Esoterica: Reality is

La langue sert à exprimer notre raisonnement juridique. Les mots que nous utilisons constituent le filtre à travers lequel nous percevons et reconnaissons les concepts juridiques (voir G. A.

shaped by the language we use: 'Jack and the Beanstalk' as told by a judge, a psychiatrist, and an economist" (1986), 29 *Advocate* (Idaho) 22). It is therefore crucial to our analysis that we use exact language. For the introduction of his book *The Word of the Law* (1992), D. R. Klinck, a law professor at McGill University, finds inspiration in the teaching of Chinese philosopher Confucius: "When asked what he would do first if invited to administer a country, Confucius replied: 'It would certainly be to correct language'" (p. 8). Confucius added: "If language be not in accordance with the truth of things, affairs cannot be carried on to success". In *Deeks v. Wells*, [1931] O.R. 818, the Ontario Supreme Court, Appellate Division held that (at pp. 843-44):

Before leaving this branch of the inquiry, it may be well to mention a curious fallacy which ran through much of the plaintiff's argument and of which there is an occasional glimpse in the evidence — it is made a matter of suspicion that Wells does not follow the terminology of the authorities he says he consulted. One would have thought it most natural for a literary man, writing a book for popular perusal, to clothe in his own language the historical facts taught him by his authorities rather than to use the terminology of the expert original. Where we have a subject like law — in which a statement is to be accepted because of the position of the person who makes it, his precise words may be and in many cases are of importance and should be given *verbatim*, but this is not the case where the statement is one of a fact. [Emphasis added.]

As I have mentioned earlier, our reasoning is dictated by the specific words that are used to articulate a legal test or standard. Professor Klinck, *supra*, writes at p. 15: "A common example of the obvious continuity of reality is colour: the colours of the spectrum shade into each other; different languages draw lines at different places."

In conclusion, I reiterate that the causation test in *Smithers* remains the law and to rephrase

Weissman, « Legal Esoterica : Reality is shaped by the language we use : "Jack and the Beanstalk" as told by a judge, a psychiatrist, and an economist » (1986), 29 *Advocate* (Idaho) 22). L'utilisation du mot juste revêt donc une importance cruciale dans notre analyse. Dans l'introduction de son livre intitulé *The Word of the Law* (1992), D. R. Klinck, professeur de droit à l'Université McGill, s'inspire de l'enseignement du philosophe chinois Confucius : [TRADUCTION] « Lorsqu'on lui a demandé quelle serait la première chose qu'il ferait si on l'invitait à administrer un pays, Confucius a répondu : "Je commencerais sûrement par corriger la langue" » (p. 8). Par ailleurs, Confucius affirme : « Aucune affaire ne peut être menée à bien si la langue ne correspond pas à la réalité ». Dans l'arrêt *Deeks c. Wells*, [1931] O.R. 818, la Section d'appel de la Cour suprême de l'Ontario statue ceci (aux p. 843-844) :

[TRADUCTION] Avant de clore ce volet de l'analyse, il peut convenir de mentionner une étrange erreur que l'on retrouve dans une bonne partie de l'argumentation de la demanderesse et que l'on peut parfois entrevoir dans la preuve — on peut s'interroger sur le fait que Wells n'a pas suivi la terminologie de la jurisprudence et de la doctrine qu'il dit avoir consultées. Il serait, croirait-on, tout à fait naturel qu'un homme de lettres, qui rédige un ouvrage de vulgarisation, explique dans ses propres mots les faits historiques qu'il tient de ses sources, au lieu d'utiliser la terminologie de l'ouvrage spécialisé original. Lorsqu'il est question d'une matière comme le droit, où une affirmation doit être acceptée en raison de la situation de la personne qui la fait, les mots précis que cette personne a utilisés peuvent être importants et le sont effectivement dans de nombreux cas, et ils devraient être repris textuellement, mais ce n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de l'exposé d'un fait. [Je souligne.]

Comme je l'ai déjà mentionné, notre raisonnement est dicté par les mots particuliers qui sont utilisés pour formuler un critère ou une norme juridique. Le professeur Klinck, *op. cit.*, écrit (à la p. 15) : [TRADUCTION] « La couleur est un exemple courant de la continuité manifeste du monde observable : les couleurs du spectre se fondent les unes dans les autres; des mots différents tracent la ligne de démarcation à des endroits différents. »

En conclusion, je réitère que le critère de causalité de l'arrêt *Smithers* continue de s'appliquer

it in the language of a “significant contributing cause”, as my colleague suggests, would draw the line at a different place, thus drastically changing the law. I have found no legitimate reason to reformulate the *Smithers* test, rather it is my opinion that such alteration should be strenuously proscribed since it will elevate the threshold of causation. As a result, I consider the current language of “a contributing cause [of death] that is not trivial or insignificant” to be the correct formulation that trial judges should use when expressing to the jury the standard of causation for all homicide offences.

15 I would dismiss the appeal.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

16 The present appeal raises the issue of causation in second degree murder. It requires a determination of the threshold test of causation that must be met before an accused may be held legally responsible for causing a victim’s death in a charge of second degree murder. We must also examine how the applicable standard of causation should be conveyed to the jury.

II. Factual Background

17 On Monday, August 21, 1995, Mrs. Clara Loski, a 95-year-old widow who lived alone in her house in Kelowna, British Columbia, was found dead in her bedroom. Her house had been robbed. Mrs. Loski was bound with electrical wire in a way that is referred to colloquially as “hog-tying”. Her hands were bound behind her back, her legs were brought upwards behind her back and tied, and her hands and feet were bound together. A red garment was tied around her head and neck and entrapped her chin. This garment formed a

et que si, comme le propose ma collègue, on le reformulait comme étant celui de la « cause ayant contribué de façon appréciable », on tracerait la ligne à un endroit différent, ce qui aurait pour effet de modifier considérablement le droit. À mon avis, il n’y a aucune raison légitime de reformuler le critère établi dans l’arrêt *Smithers*. Je suis plutôt d’avis qu’une telle modification devrait être carrément prohibée étant donné qu’elle aurait pour effet de hausser le critère de causalité. Par conséquent, je considère que l’expression actuelle « cause ayant contribué [à la mort] d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante » est la bonne formulation que les juges devraient utiliser lorsqu’ils expliquent au jury le critère de causalité applicable à toutes les infractions d’homicide.

Je rejetterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question du lien de causalité applicable au meurtre au deuxième degré. Il s’agit de déterminer quel critère de causalité doit être préalablement respecté pour qu’une personne accusée de meurtre au deuxième degré puisse être tenue légalement responsable de la mort de la victime. Il nous faut aussi examiner la façon dont ce critère doit être expliqué au jury.

II. Les faits

Le lundi 21 août 1995, M^{me} Clara Loski, une veuve de 95 ans vivant seule à Kelowna, en Colombie-Britannique, a été trouvée morte dans sa chambre à coucher. Sa maison avait été cambriolée. Madame Loski était ligotée avec un fil électrique. Elle avait les mains liées derrière le dos et les jambes attachées et repliées vers l’arrière, et ses pieds et ses mains étaient attachés ensemble. Un vêtement rouge était enroulé autour de sa tête et de son cou et lui immobilisait le menton. Ce vêtement formait un garrot plus ou moins serré autour

moderately tight ligature around her neck, but did not obstruct her nose or mouth.

One of Mrs. Loski's neighbours, Deanna Taylor, testified that she was standing in her backyard smoking on the afternoon of Friday, August 18, 1995 when she heard Mrs. Loski's door close and saw two male Caucasian youths leave through Mrs. Loski's back gate and run down the alley.

Some 24 to 48 hours after Mrs. Loski was robbed and left hog-tied on her bed, she died. At some point she had fallen from the bed to the floor. The Crown's medical expert, Dr. Roy, was of the opinion that the cause of death was asphyxiation due to upper airway obstruction.

The RCMP mounted an undercover operation with the appellant Nette as a target. In the course of this investigation, the appellant was induced to tell an undercover police officer, who was posing as a member of a criminal organization, about his involvement in the robbery and death of Mrs. Loski. This admission was recorded by the undercover officer and was put in evidence at trial.

At trial, the appellant testified in his own defence. He stated that he went to Mrs. Loski's house alone on Saturday, August 19, 1995 just after midnight with the intention of breaking and entering her house. He testified that he knocked on the back door and it swung open on its own. He stated that it looked as if someone had already broken into the home. He testified that he found Mrs. Loski already dead in her bedroom and then left the home. With respect to the intercepted conversations obtained through the undercover operation, the appellant testified that he had made up the story about robbing and tying up Mrs. Loski in order to impress the undercover officer.

The only medical evidence at trial on the issue of cause of death was the evidence of Dr. Roy, the forensic pathologist who investigated Mrs. Loski's death and who testified for the Crown. Dr. Roy concluded that Mrs. Loski died as a result of

de son cou, mais il ne lui obstruait ni le nez ni la bouche.

L'une des voisines de M^{me} Loski, Deanna Taylor, a témoigné qu'elle fumait dans la cour arrière de son domicile pendant l'après-midi du vendredi 18 août 1995 lorsqu'elle a entendu la porte de M^{me} Loski se refermer et a vu deux jeunes hommes de race blanche quitter la propriété de M^{me} Loski par le portail arrière et emprunter la ruelle en courant.

Madame Loski est décédée 24 à 48 heures après avoir été volée et laissée pieds et poings liés dans son lit. Elle avait fini par tomber du lit. Le médecin expert du ministère public, le D^r Roy, était d'avis que la cause du décès était l'asphyxie résultant de l'obstruction des voies respiratoires supérieures.

La GRC a mis sur pied une opération secrète visant l'appelant Nette. Au cours de l'enquête, l'appelant a été amené à parler à un policier en civil, qui se faisait passer pour un membre d'un gang, du rôle qu'il avait joué relativement au vol dont avait été victime M^{me} Loski et au décès de cette dernière. Le policier en civil a enregistré cet aveu qui a été soumis en preuve au procès.

Au procès, l'appelant a témoigné pour sa propre défense. Il a déclaré s'être rendu seul au domicile de M^{me} Loski, le samedi 19 août 1995, un peu après minuit, dans le but de s'y introduire par effraction. Il a affirmé avoir frappé à la porte arrière qui s'est ouverte toute seule. Il a dit qu'il lui avait semblé que quelqu'un s'était déjà introduit dans la maison. Il a prétendu avoir découvert M^{me} Loski sans vie dans sa chambre à coucher et avoir quitté la maison. Quant aux conversations interceptées et obtenues grâce à l'opération secrète, l'appelant a dit qu'il avait inventé cette histoire de vol et de ligotage de M^{me} Loski pour impressionner le policier en civil.

La seule preuve médicale qui a été soumise au procès au sujet de la cause du décès est le témoignage du D^r Roy, le pathologiste judiciaire qui a enquêté sur la mort de M^{me} Loski et a témoigné pour le ministère public. Le D^r Roy a conclu que

18

19

20

21

22

asphyxiation due to an upper airway obstruction. Dr. Roy could not isolate one factor from among the circumstances of Mrs. Loski's death and state that it alone caused her death by asphyxiation. In his view, a number of factors contributed to the asphyxial process, in particular, her hog-tied position, the ligature around her neck, as well as her age and corresponding lack of muscle tone. In cross-examination, Dr. Roy agreed that other factors, including Mrs. Loski's congestive heart failure and asthma may possibly have speeded up the process of asphyxiation.

M^{me} Loski était morte asphyxiée à la suite d'une obstruction de ses voies respiratoires supérieures. Il a été incapable de discerner, parmi toutes les circonstances ayant entouré le décès de M^{me} Loski, le facteur qui avait à lui seul causé la mort par asphyxie. À son avis, l'asphyxie de la victime était attribuable à un certain nombre de facteurs, dont la position dans laquelle elle était attachée, le garrot autour de son cou ainsi que son âge et l'absence de tonicité qui en résultait. Lors de son contre-interrogatoire, le D^r Roy a reconnu que d'autres facteurs, y compris l'insuffisance cardiaque globale et l'asthme dont souffrait M^{me} Loski, pouvaient avoir accéléré le processus d'asphyxie.

23 The appellant was charged with first degree murder on the basis that he had committed murder while committing the offence of unlawfully confining Mrs. Loski. The Crown's position at trial was that the act of causing death and the acts comprising the offence of unlawful confinement all formed part of one continuous sequence of events making up a single transaction, and that the appellant was therefore guilty of first degree murder pursuant to s. 231(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The appellant was tried before a judge and jury. The jury returned a verdict of second degree murder and the Court of Appeal dismissed the appellant's appeal from that verdict. The only ground of appeal both before the Court of Appeal and before us concerns the test of causation applicable to second degree murder.

L'appellant a été accusé de meurtre au premier degré pour le motif qu'il avait causé la mort de M^{me} Loski en la séquestrant. Le ministère public a fait valoir au procès que l'acte ayant causé la mort et les actes constituant l'infraction de séquestration faisaient tous partie d'une suite ininterrompue d'événements qui constituaient une seule affaire, et que l'appellant était donc coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. L'appellant a subi son procès devant un juge et un jury. Le jury a prononcé un verdict de meurtre au deuxième degré et la Cour d'appel a rejeté l'appel de l'appellant contre ce verdict. Le seul moyen d'appel invoqué tant devant la Cour d'appel que devant notre Cour concerne le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré.

III. Relevant Statutory Provisions

III. Les dispositions législatives pertinentes

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

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

222. (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

222. (1) Commet un homicide quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.

(2) Homicide is culpable or not culpable.

(2) L'homicide est coupable ou non coupable.

(3) Homicide that is not culpable is not an offence.

(3) L'homicide non coupable ne constitue pas une infraction.

(4) Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide.

(4) L'homicide coupable est le meurtre, l'homicide involontaire coupable ou l'infanticide.

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain :

- (a) by means of an unlawful act;
- (b) by criminal negligence;
- (c) by causing that human being, by threats or fear of violence or by deception, to do anything that causes his death; or
- (d) by wilfully frightening that human being, in the case of a child or sick person.

229. Culpable homicide is murder

(a) where the person who causes the death of a human being

- (i) means to cause his death, or
- (ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

(b) where a person, meaning to cause death to a human being or meaning to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and being reckless whether death ensues or not, by accident or mistake causes death to another human being, notwithstanding that he does not mean to cause death or bodily harm to that human being; or

(c) where a person, for an unlawful object, does anything that he knows or ought to know is likely to cause death, and thereby causes death to a human being, notwithstanding that he desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being.

231. (1) Murder is first degree murder or second degree murder.

(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

(3) Without limiting the generality of subsection (2), murder is planned and deliberate when it is committed pursuant to an arrangement under which money or anything of value passes or is intended to pass from one person to another, or is promised by one person to another, as consideration for that other's causing or assisting in causing the death of anyone or counselling another person to do any act causing or assisting in causing that death.

- a) soit au moyen d'un acte illégal;
- b) soit par négligence criminelle;
- c) soit en portant cet être humain, par des menaces ou la crainte de quelque violence, ou par la supercherie, à faire quelque chose qui cause sa mort;
- d) soit en effrayant volontairement cet être humain, dans le cas d'un enfant ou d'une personne malade.

229. L'homicide coupable est un meurtre dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) la personne qui cause la mort d'un être humain :

- (i) ou bien a l'intention de causer sa mort,
- (ii) ou bien a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort, s'en-suive ou non;

b) une personne, ayant l'intention de causer la mort d'un être humain ou ayant l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait de nature à causer sa mort, et ne se souciant pas que la mort en résulte ou non, par accident ou erreur cause la mort d'un autre être humain, même si elle n'a pas l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles à cet être humain;

c) une personne, pour une fin illégale, fait quelque chose qu'elle sait, ou devrait savoir, de nature à causer la mort et, conséquemment, cause la mort d'un être humain, même si elle désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit.

231. (1) Il existe deux catégories de meurtres : ceux du premier degré et ceux du deuxième degré.

(2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré.

(3) Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (2), est assimilé au meurtre au premier degré quant aux parties intéressées, le meurtre commis à la suite d'une entente dont la contrepartie matérielle, notamment financière, était proposée ou promise en vue d'en encourager la perpétration ou la complicité par assistance ou fourniture de conseils.

(4) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder when the victim is

(a) a police officer, police constable, constable, sheriff, deputy sheriff, sheriff's officer or other person employed for the preservation and maintenance of the public peace, acting in the course of his duties;

(b) a warden, deputy warden, instructor, keeper, jailer, guard or other officer or a permanent employee of a prison, acting in the course of his duties; or

(c) a person working in a prison with the permission of the prison authorities and acting in the course of his work therein.

(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under one of the following sections:

(a) section 76 (hijacking an aircraft);

(b) section 271 (sexual assault);

(c) section 272 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm);

(d) section 273 (aggravated sexual assault);

(e) section 279 (kidnapping and forcible confinement); or

(f) section 279.1 (hostage taking).

(6) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under section 264 and the person committing that offence intended to cause the person murdered to fear for the safety of the person murdered or the safety of anyone known to the person murdered.

(6.1) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of a person, murder is first degree murder when the death is caused while committing or attempting to commit an offence under section 81 for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization.

(7) All murder that is not first degree murder is second degree murder.

(4) Est assimilé au meurtre au premier degré le meurtre, dans l'exercice de ses fonctions :

a) d'un officier ou d'un agent de police, d'un shérif, d'un shérif adjoint, d'un officier de shérif ou d'une autre personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique;

b) d'un directeur, d'un sous-directeur, d'un instructeur, d'un gardien, d'un geôlier, d'un garde ou d'un autre fonctionnaire ou employé permanent d'une prison;

c) d'une personne travaillant dans une prison avec la permission des autorités de la prison.

(5) Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque la mort est causée par cette personne, en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants :

a) l'article 76 (détournement d'aéronef);

b) l'article 271 (agression sexuelle);

c) l'article 272 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles);

d) l'article 273 (agression sexuelle grave);

e) l'article 279 (enlèvement et séquestration);

f) l'article 279.1 (prise d'otage).

(6) Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque celle-ci cause la mort en commettant ou en tentant de commettre une infraction prévue à l'article 264 alors qu'elle avait l'intention de faire craindre à la personne assassinée pour sa sécurité ou celle d'une de ses connaissances.

(6.1) Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque la mort est causée au cours de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'une infraction prévue à l'article 81 au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui.

(7) Les meurtres qui n'appartiennent pas à la catégorie des meurtres au premier degré sont des meurtres au deuxième degré.

IV. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court*

The appellant was tried before a judge and jury. Wilkinson J., who presided over the trial, completed his charge to the jury on March 5, 1998. Dealing with the causation issue in relation to second degree murder, Wilkinson J. explained causation as follows:

The third element is that the accused must have caused the death. In connection with this element you must satisfy yourselves that the accused caused the death in two separate senses. First, are you satisfied beyond a reasonable doubt that the death of Mrs. Loski was caused by the acts of the accused Nette, by Mr. Quesnel, or both of them, rather than her death being caused by some other matter?

In this connection I must tell you that the law provides that as long as some action of the accused or a joint action of the two accused pursuant to a common intention contributed to her death and was more than a trivial cause thereof, as long as some action of theirs contributed to her death and was more than a trivial cause thereof, he may be found, for purposes of murder and manslaughter, to have caused her death notwithstanding that there were other causes involved for which he was or may not have been responsible.

Thus, if there was evidence that Mrs. Loski had died from causes totally unconnected with the actions of the accused he would not have caused her death, but if his or their common actions were one of the causes of her death and were more than a trivial cause, you may find that he caused her death if you are satisfied of that beyond a reasonable doubt.

The second sense in which you must make a decision, and this goes back to the joint or common plan, on this element of causing death is whether you are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused caused Mrs. Loski's death as opposed to the question of whether Mr. Quesnel caused her death.

As for causation in first degree murder, the trial judge said:

IV. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le procès de l'appelant a eu lieu devant un juge et un jury. Le juge Wilkinson, qui a présidé le procès, a terminé son exposé au jury le 5 mars 1998. Il a donné les explications suivantes au sujet du lien de causalité applicable au meurtre au deuxième degré :

[TRADUCTION] Le troisième élément est que l'accusé doit avoir causé la mort. À cet égard, vous devez être convaincus que l'accusé a causé la mort en deux sens distincts. Premièrement, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que la mort de M^{me} Loski a été causée par les actes de l'accusé Nette, par M. Quesnel ou par les deux à la fois, et non d'une autre manière.

À ce propos, je dois vous dire que la loi prévoit que, dans la mesure où un acte de l'accusé ou un acte commun de deux accusés, accompli dans le but de réaliser une intention commune, a contribué à la mort de la victime et y a contribué d'une façon plus que négligeable, c'est-à-dire dans la mesure où l'un de leurs actes a contribué à sa mort et y a contribué d'une façon plus que négligeable, il est possible de conclure, en ce qui a trait au meurtre et à l'homicide involontaire coupable, que l'accusé a causé la mort de la victime même s'il existait d'autres causes qui ne lui était pas ou ne pouvait pas lui être attribuables.

Donc, si des éléments de preuve indiquent que l'accusé n'a absolument pas, par ses actes, contribué à la mort de M^{me} Loski, celui-ci n'a pas causé la mort de la victime; toutefois, si ses actes ou leurs actes communs ont constitué l'une des causes de la mort de cette dernière et y ont contribué d'une façon plus que négligeable, vous pouvez conclure qu'il a causé la mort de la victime si vous en êtes convaincus hors de tout doute raisonnable.

Le deuxième point sur lequel vous devez vous prononcer, point qui concerne le projet commun, est la question de savoir si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que c'est l'accusé, et non pas M. Quesnel, qui a causé la mort de M^{me} Loski.

En ce qui concerne le lien de causalité applicable au meurtre au premier degré, le juge du procès a dit :

In order for the Crown to prove first degree murder under s. 231(5):

1. The Crown must prove that the accused is guilty of the murder. You will have done that if you have proceeded this far.
2. That the accused's participation in the murder was such that his actions were a substantial cause of her death.

Now, that is a distinction from second degree murder or manslaughter for there it only had to be more than a trivial cause, not a substantial cause of death.

3. That the accused is guilty of the underlying offence of unlawful confinement.
4. That the death of the victim was caused by the accused while he was committing the offence of unlawful confinement.

A substantial and high degree of blameworthiness above and beyond that of murder must be established in order to convict a person of first degree murder. A person may only be convicted of first degree murder under Section 231(5) if the Crown establishes that the actions of that person are of such a nature that they must be regarded as a substantial and integral cause of the death. That is, of course, a much more direct and substantive cause than the slight or trivial cause necessary to find second degree murder.

The substantial cause test requires that the accused play a very active role in the killing of the victim. In most cases that will mean that the accused's own actions physically caused the death of the victim, although there are some instances where the accused's actions will be considered the substantial cause of death although those actions have not physically caused the death. If you get to the point of dealing with first degree murder then you must review the evidence about cause of death all over again to decide if it is proved beyond a reasonable doubt, that this higher and stricter test of causation has been met.

The day after completing his charge to the jury, Wilkinson J. received a note from the jurors asking him to clarify the elements of first degree murder and the substantial cause test. In recharging the

[TRADUCTION] Pour prouver qu'il y a eu meurtre au premier degré au sens du par. 231(5), le ministère public doit :

1. Établir que l'accusé est coupable de meurtre. Cela aura été fait si vous en êtes rendus à cette étape.
2. Établir que la participation de l'accusé au meurtre a été telle que ses actes ont constitué une cause substantielle de la mort de la victime.

Maintenant, cela diffère du meurtre au deuxième degré ou de l'homicide involontaire coupable où la cause du décès doit seulement être plus que négligeable et non substantielle.

3. Établir que l'accusé est coupable de l'infraction sous-jacente de séquestration.
4. Établir que l'accusé a causé la mort de la victime pendant qu'il commettait l'infraction de séquestration.

Pour qu'une personne puisse être déclarée coupable de meurtre au premier degré, le degré de culpabilité morale doit être plus élevé que celui qui s'applique au meurtre. Une personne ne peut être déclarée coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5) que si le ministère public établit que les actes qu'elle a accomplis sont tels qu'ils doivent être considérés comme une cause substantielle et essentielle du décès. Il s'agit évidemment d'une cause beaucoup plus directe et substantielle que la cause mineure ou négligeable requise pour conclure au meurtre au deuxième degré.

Le critère de la cause substantielle exige que l'accusé joue un rôle très actif dans le meurtre de la victime. Dans la plupart des cas, cela signifie que l'accusé doit avoir, par ses propres actes, physiquement causé la mort de la victime, quoique, dans certains cas, les actes de l'accusé seront considérés comme étant la cause substantielle du décès même s'ils n'ont pas contribué physiquement à la mort. Si vous devez vous prononcer sur un meurtre au premier degré, vous devez alors examiner à nouveau toute la preuve relative à la cause du décès en vue de décider s'il est prouvé hors de tout doute raisonnable que ce critère de causalité plus exigeant a été respecté.

Le lendemain de son exposé au jury, le juge Wilkinson a reçu une note dans laquelle les jurés lui demandaient des précisions sur le critère de la cause substantielle et les éléments constitutifs du meurtre

jurors on this issue, Wilkinson J. essentially reiterated what he had said about second degree murder and first degree murder in the original charge.

On two occasions, once in the main charge quoted above, and once in the re-charge, Wilkinson J. misspoke in describing the applicable standard of causation for second degree murder to the jury, describing it erroneously as “the slight or trivial cause necessary to find second degree murder” instead of describing the standard as “more than a trivial cause”. Overall, however, the charge and re-charge indicated that the applicable standard of causation for manslaughter and second degree murder was that the accused’s actions must be “more than a trivial cause” of the victim’s death while, for first degree murder, there was an additional causation requirement that the accused’s actions must be a “substantial cause” of the victim’s death.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1999), 141 C.C.C. (3d) 130

(1) Lambert J.A.

The only issue before the Court of Appeal was the question of what standard of causation must be proved in order to support a conviction of second degree murder. Lambert J.A. concluded that the standard for legal causation set out in *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506, applies to second degree murder. He concluded that the distinctions between first and second degree murder only come into play at the sentencing stage once it has been established that a murder has been committed. In support of the view that first degree murder is in essence a sentencing provision, Lambert J.A. referred to this Court’s judgment in *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124, which was endorsed and applied in *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306.

au premier degré. Dans ses nouvelles directives sur cette question, le juge Wilkinson a essentiellement répété aux jurés ce qu’il avait dit au sujet du meurtre au deuxième degré et du meurtre au premier degré dans son exposé initial.

À deux reprises, dont une fois dans l’exposé principal cité précédemment, et l’autre fois dans ses nouvelles directives, le juge Wilkinson s’est mal exprimé en décrivant à tort au jury le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré, comme étant celui de la [TRADUCTION] « cause mineure ou négligeable requise pour conclure au meurtre au deuxième degré », au lieu de la « cause ayant contribué d’une façon plus que négligeable ». Dans l’ensemble toutefois, l’exposé initial et les nouvelles directives indiquaient que, selon le critère de causalité applicable à l’homicide involontaire coupable et au meurtre au deuxième degré, les actes de l’accusé devaient avoir « contribué d’une façon plus que négligeable » à la mort de la victime, alors que dans le cas du meurtre au premier degré, une autre condition s’ajoutait, savoir que ses actes devaient constituer une « cause substantielle » de la mort de la victime.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1999), 141 C.C.C. (3d) 130

(1) Le juge Lambert

La seule question soumise à la Cour d’appel était celle de savoir quel critère de causalité doit être respecté pour que l’on puisse prononcer une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Le juge Lambert a statué que le critère de causalité juridique énoncé dans l’arrêt *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506, s’applique au meurtre au deuxième degré. Il a jugé que les distinctions entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré n’entrent en jeu qu’à l’étape de la détermination de la peine, une fois qu’il a été établi qu’un meurtre a été commis. Pour étayer le point de vue selon lequel la disposition relative au meurtre au premier degré concerne essentiellement la détermination de la peine, le juge Lambert a mentionné l’arrêt de notre Cour *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124, qui a été approuvé et appliqué dans l’arrêt *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306.

30

With regard to the causation standard of “substantial cause” set out in *Harbottle*, Lambert J.A. made five observations. First, *Harbottle* settles that the standard of causation for first degree murder under s. 231(5) (formerly s. 214(5)) of the *Criminal Code* is whether the acts of the accused were a “substantial cause” of the death. Second, *Harbottle* confirms that the jury must first find that murder has been committed before considering whether there should be a conviction for first degree murder on the basis of the substantial cause test. Third, *Harbottle* contrasts the *Smithers* causation test with the much higher *Harbottle* standard. Fourth, the *Harbottle* standard does not apply to the offence of killing a police officer or prison guard under s. 231(4) of the *Code*. Finally, Lambert J.A. concluded that this Court in *Harbottle* expressly chose not to decide the standard of causation for second degree murder since it was not necessary to do so in the context of that case. Furthermore, he found that it was implicit in *Harbottle* that the substantial cause test was not applicable to second degree murder and that *Harbottle* leaves open the question of what standard applies to second degree murder.

31

Lambert J.A. then referred to two decisions of the Ontario Court of Appeal rendered subsequent to *Harbottle* which dealt squarely with the issue of the standard of causation for second degree murder. In the first case, *R. v. Cribbin* (1994), 17 O.R. (3d) 548, the Court of Appeal held that the *Smithers* test was the appropriate standard to support a conviction of second degree murder and was essentially the same as the standard in England or Australia, although different terminology was used to express the standard. In the second case, *R. v. Meiler* (1999), 136 C.C.C. (3d) 11, the Court of Appeal also concluded that the *Smithers* test was the proper test for second degree murder.

Le juge Lambert a formulé cinq observations au sujet du critère de la « cause substantielle » énoncé dans l’arrêt *Harbottle*. Premièrement, l’arrêt *Harbottle* établit que le critère de causalité applicable au meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) (auparavant par. 214(5)) du *Code criminel* consiste à déterminer si les actes de l’accusé ont constitué une « cause substantielle » du décès. Deuxièmement, cet arrêt confirme que le jury doit d’abord conclure qu’un meurtre a été commis avant de se demander s’il y a lieu de rendre un verdict de meurtre au premier degré en fonction du critère de la cause substantielle. Troisièmement, l’arrêt *Harbottle* compare le critère de causalité de l’arrêt *Smithers* avec le critère beaucoup plus exigeant qu’il établit. Quatrièmement, le critère de l’arrêt *Harbottle* ne s’applique pas au meurtre d’un policier ou d’un gardien de prison, dont il est question au par. 231(4) du *Code*. Enfin, le juge Lambert a conclu que, dans l’arrêt *Harbottle*, notre Cour avait expressément choisi de ne pas se prononcer sur le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré étant donné qu’elle n’avait pas à le faire dans le contexte de cette affaire. De plus, il a estimé qu’il ressortait implicitement de l’arrêt *Harbottle* que le critère de la cause substantielle ne s’appliquait pas au meurtre au deuxième degré et que cet arrêt n’avait pas tranché la question du critère applicable à un tel meurtre.

Le juge Lambert a ensuite mentionné deux arrêts postérieurs à *Harbottle*, dans lesquels la Cour d’appel de l’Ontario a examiné directement la question du critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré. Dans le premier arrêt, *R. c. Cribbin* (1994), 17 O.R. (3d) 548, la Cour d’appel a statué que le critère de l’arrêt *Smithers* était celui qu’il fallait appliquer pour pouvoir prononcer une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et que, malgré sa formulation différente, il correspondait, pour l’essentiel, à celui qui s’applique en Angleterre ou en Australie. Dans le deuxième arrêt, *R. c. Meiler* (1999), 136 C.C.C. (3d) 11, la Cour d’appel a également conclu que le critère de l’arrêt *Smithers* était celui qui devait être appliqué au meurtre au deuxième degré.

In describing the *Smithers* standard of causation, Lambert J.A. concluded that the phrase “a contributing cause that is not trivial or insignificant” (para. 29) reflected the applicable standard without resort to the use of Latin in the *Smithers* phrase of “beyond *de minimis*”. He further found that a cause that is “not insignificant” can be expressed positively as a cause that is “significant” and that it would therefore be correct to describe the *Smithers* standard as a “significant contributing cause”. He then compared the *Smithers* standard to a number of English and Australian cases, and decided that the significant contribution test used in those cases was essentially the same as the *Smithers* test.

In support of his conclusion that the *Smithers* test was the applicable standard of causation for second degree murder, Lambert J.A. noted that it would be difficult to formulate a meaningful intermediate test of causation which would be less than the *Harbottle* standard, but more than the *Smithers* standard, and which could be conveyed to a jury in such a way that they could realistically apply it to the facts. As well, he concluded that the *Smithers* significant contributing cause test is legally sound and not inconsistent with the objectives of the criminal law in relation to moral blameworthiness for the offence of murder. He also concluded that, in addressing an issue that has not been decided by the Supreme Court of Canada, he would not depart from the decisions of the Ontario Court of Appeal unless he was convinced that they were wrongly decided or that their application would lead to a miscarriage of justice.

Lambert J.A. noted that in charging the jury on the *Smithers* standard, the trial judge twice referred to the standard incorrectly as a “slight or trivial” cause instead of “a cause that is more than trivial”. Lambert J.A. concluded that, considered as a whole,

32
En décrivant le critère de causalité de l'arrêt *Smithers*, le juge Lambert a conclu que les mots [TRADUCTION] « cause ayant contribué d'une façon qui n'est pas négligeable ou insignifiante » (par. 29) reflétaient le critère applicable sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'expression latine « *de minimis* » utilisée dans la version anglaise de l'arrêt *Smithers*. Il a en outre estimé que l'on peut désigner une cause « qui n'est pas insignifiante » en utilisant la forme affirmative pour parler plutôt d'une cause « appréciable », et qu'il serait donc approprié de décrire le critère de l'arrêt *Smithers* comme étant celui de la « cause ayant contribué de façon appréciable » (« *significant contributing cause* »). Il a ensuite comparé le critère de l'arrêt *Smithers* à celui appliqué dans un certain nombre d'autres décisions rendues en Angleterre et en Australie, et a décidé que le critère de la contribution appréciable utilisé dans ces affaires était essentiellement le même que le critère de l'arrêt *Smithers*.

33
Pour étayer sa conclusion que le critère de causalité établi dans l'arrêt *Smithers* s'appliquait au meurtre au deuxième degré, le juge Lambert a souligné qu'il serait difficile de formuler un critère intermédiaire utile qui serait moins exigeant que celui de l'arrêt *Harbottle*, mais plus exigeant que celui de l'arrêt *Smithers*, et qui pourrait être expliqué à un jury d'une façon qui lui permettrait de l'appliquer d'une façon réaliste aux faits. De même, il a conclu que le critère de la cause ayant contribué de façon appréciable, établi dans l'arrêt *Smithers*, est fondé en droit et n'est pas incompatible avec les objectifs du droit criminel en ce qui concerne la culpabilité morale requise pour qu'il y ait meurtre. Il a également déclaré qu'en examinant une question non tranchée par la Cour suprême du Canada il ne s'écarterait des arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario que s'il était convaincu qu'ils sont erronés ou que leur application entraînerait une erreur judiciaire.

34
Le juge Lambert a fait remarquer que, dans son exposé au jury sur le critère de l'arrêt *Smithers*, le juge du procès a, à deux reprises, décrit erronément le critère applicable comme étant celui de la cause [TRADUCTION] « mineure ou négligeable » plutôt

the charge was correct and the jury could not have been misled by the two slips of the tongue.

35 Having concluded that the trial judge charged the jury correctly on the causation standard for second degree murder, Lambert J.A. found it unnecessary to address the question of whether there was an air of reality to counsel for the appellant's argument that it might have made a difference in the verdict if the jury had been told that the applicable causation standard was the *Harbottle* standard and not the *Smithers* standard.

(2) Braidwood J.A.

36 Braidwood J.A. wrote brief reasons in which he concurred with Lambert J.A.'s conclusion that the trial judge did not misdirect the jury in relation to the standard of causation. In addition, Braidwood J.A. concluded that, in the circumstances of the case, there was no air of reality to the suggestion that the standard of causation on which the jury was instructed could possibly have altered the result.

(3) McEachern C.J.B.C.

37 McEachern C.J.B.C. concurred with Lambert J.A. in the result, but for different reasons. McEachern C.J.B.C. reviewed the decisions of this Court in *Farrant*, *supra*, *Smithers*, *supra*, and *Harbottle*, *supra*, and concluded that in *Harbottle* this Court intended to establish a similar test of causation for both first and second degree murder. McEachern C.J.B.C. agreed with the submissions of counsel for the accused that the *Harbottle* test of "substantial cause" applied to both first and second degree murder. He found that the trial judge erred in telling the jury that the *Smithers* beyond *de minimis* standard applied to second degree murder.

38 However, on the facts of the case, McEachern C.J.B.C. concluded that a conviction for second degree murder was inevitable regardless of how

que celui de la « cause ayant contribué d'une façon plus que négligeable ». Il a conclu que, dans l'ensemble, l'exposé était correct et que ces deux lapsus ne pouvaient pas avoir induit en erreur le jury.

Ayant décidé que le juge du procès avait donné au jury des directives correctes sur le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré, le juge Lambert a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la question de savoir si, comme l'avait fait valoir l'avocat de l'appelant, le jury aurait vraisemblablement pu rendre un verdict différent si on lui avait dit que le critère de causalité applicable était celui de l'arrêt *Harbottle* et non pas celui de l'arrêt *Smithers*.

(2) Le juge Braidwood

Le juge Braidwood a rédigé de brefs motifs dans lesquels il a souscrit à la conclusion du juge Lambert que le juge du procès n'a pas donné au jury des directives erronées sur le critère de causalité. De plus, il a conclu que, dans le contexte de la présente affaire, il était invraisemblable que le critère de causalité sur lequel le jury avait reçu des directives ait pu modifier le résultat.

(3) Le juge en chef McEachern

Le juge en chef McEachern a souscrit à la conclusion du juge Lambert, mais pour des motifs différents. Il a examiné les arrêts de notre Cour *Farrant*, *Smithers* et *Harbottle*, précités, et a conclu que, dans l'arrêt *Harbottle*, notre Cour avait voulu établir un critère de causalité similaire pour le meurtre au premier degré et pour le meurtre au deuxième degré. Il a retenu l'argument de l'avocat de l'accusé selon lequel le critère de la « cause substantielle » de l'arrêt *Harbottle* s'appliquait tant au meurtre au premier degré qu'au meurtre au deuxième degré. Il a statué que le juge du procès avait commis une erreur en disant au jury que le critère de la cause ayant contribué de façon plus que mineure, établi dans l'arrêt *Smithers*, s'appliquait au meurtre au deuxième degré.

Cependant, le juge en chef McEachern a décidé que, compte tenu des faits de l'affaire, une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré

the standard of causation for second degree murder was conveyed to the jury. McEachern C.J.B.C. therefore concluded that the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) should be applied and that the appeal should be dismissed.

V. Issues

The only issue on this appeal is the standard of causation for second degree murder and how the applicable standard should be explained to the jury.

VI. Analysis

A. *Introduction*

There is no issue raised in this appeal with respect to the charge on first degree murder or manslaughter. The appellant's only ground of appeal is the propriety of the charge on second degree murder and, specifically, the applicable standard of causation for second degree murder. The appellant's position is that there is one standard of causation applicable to all forms of homicide and that the standard should be conveyed to the jury by using the words "substantial cause" that this Court said applied to the offence of first degree murder under s. 231(5) of the *Criminal Code* in *Harbottle*. The appellant says that the trial judge erred in effectively instructing the jury that the *Smithers* standard of "beyond *de minimis*" applied to the offence of second degree murder. Had the jurors been properly instructed on the standard of causation applicable to second degree murder, says the appellant, they might have acquitted the appellant on the second degree murder charge. The appellant therefore submits that the appeal should be allowed and a new trial ordered on the ground that the trial judge misdirected the jury on the standard of causation applicable to second degree murder.

The respondent and the intervenor Attorney General for Ontario submit that the applicable standard for second degree murder is the standard of "beyond *de minimis*" articulated in *Smithers*,

était inévitable peu importe la façon dont le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré avait été expliqué au jury. Il a donc conclu qu'il y avait lieu d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) et de rejeter l'appel.

V. Les questions en litige

La seule question en litige dans le présent pourvoi est celle du critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré et la façon dont ce critère doit être expliqué au jury.

VI. Analyse

A. *Introduction*

En l'espèce, aucune question n'est soulevée, relativement à l'exposé sur le meurtre au premier degré ou l'homicide involontaire coupable. Le seul moyen d'appel invoqué par l'appellant concerne la justesse de l'exposé sur le meurtre au deuxième degré et, plus particulièrement, le critère de causalité applicable à un tel meurtre. L'appellant fait valoir qu'un seul critère de causalité s'applique à toutes les formes d'homicide et que, pour expliquer ce critère au jury, l'on devrait utiliser l'expression « cause substantielle » qui, selon notre Cour dans l'arrêt *Harbottle*, s'applique au meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code criminel*. L'appellant affirme que le juge du procès a commis une erreur en disant au jury que le critère de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure », établi dans l'arrêt *Smithers*, s'appliquait à l'infraction de meurtre au deuxième degré. Il prétend que, s'ils avaient eu des directives appropriées sur le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré, les jurés l'auraient peut-être acquitté relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré. L'appellant soutient donc que le pourvoi devrait être accueilli et la tenue d'un nouveau procès ordonnée pour le motif que le juge du procès a donné au jury des directives erronées sur le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré.

L'intimée et l'intervenant le procureur général de l'Ontario font valoir que le critère applicable au meurtre au deuxième degré est celui de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure » qui

39

40

41

supra. Their position is that the “substantial cause” test of causation is a higher standard of causation that only applies to the offence of first degree murder under s. 231(5) of the *Criminal Code*. As well, the Attorney General for Ontario submits that the higher *Harbottle* standard also applies to first degree murder under s. 231(6) of the *Criminal Code*, which uses the same terminology of “caused by that person” found in s. 231(5) in relation to murder committed in the course of criminal harassment. The respondent and intervener therefore say that the trial judge properly charged the jury on the applicable standard of causation in relation to second degree murder and that the appeal should accordingly be dismissed.

a été formulé dans l’arrêt *Smithers*, précité. Ils soutiennent que le critère de la « cause substantielle » est un critère de causalité plus exigeant qui ne s’applique qu’à l’infraction de meurtre au premier degré prévue au par. 231(5) du *Code criminel*. De même, le procureur général de l’Ontario affirme que le critère plus exigeant de l’arrêt *Harbottle* s’applique aussi au meurtre au premier degré prévu au par. 231(6) du *Code criminel*, où les termes « lorsque celle-ci cause la mort » utilisés relativement au meurtre commis dans le cadre d’un harcèlement criminel sont semblables à ceux utilisés au par. 231(5) (« lorsque la mort est causée par cette personne »). L’intimée et l’intervenant affirment donc que le juge du procès a donné au jury des directives appropriées sur le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré et que le pourvoi devrait, par conséquent, être rejeté.

42 While the standard of causation for second degree murder has not been raised squarely before this Court until now, it was before the Ontario Court of Appeal in *Cribbin*, *supra*, and *Meiler*, *supra*. In both of these cases, the *Smithers* standard of “beyond *de minimis*” was expressly approved of in relation to a charge of second degree murder.

Bien que la question du critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré n’ait pas été soulevée directement devant notre Cour jusqu’à maintenant, elle l’a été devant la Cour d’appel de l’Ontario dans les affaires *Cribbin* et *Meiler*, précitées. Dans les deux cas, le critère de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure », établi dans l’arrêt *Smithers*, a été expressément approuvé relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré.

B. *The Standard of Causation for Homicide Offences*

B. *Le critère de causalité applicable aux infractions d’homicide*

43 The parties and intervener on this appeal characterize the decision required of this Court in the present case as a choice between the terminology of “beyond *de minimis*” on the one hand and “substantial cause” on the other in describing the standard of causation for second degree murder to the jury. In my view, this characterization does not properly reflect the decision that is required in this case. It confuses the question of what the standard of causation for second degree murder is with the question of how the standard of causation for second degree murder should be expressed in charging the jury. In my view, these two separate questions are best dealt with sequentially.

Selon les parties et l’intervenant, notre Cour doit décider en l’espèce laquelle des expressions « cause ayant contribué de façon plus que mineure » (« *beyond de minimis* ») et « cause substantielle » doit être utilisée pour décrire au jury le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré. Selon moi, cette approche ne traduit pas correctement la décision qui doit être prise en l’espèce. Elle confond la question de savoir quel est le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré et celle de la façon dont ce critère doit être expliqué au jury. À mon avis, il est préférable d’examiner ces deux questions l’une après l’autre.

In determining whether a person can be held responsible for causing a particular result, in this case death, it must be determined whether the person caused that result both in fact and in law. Factual causation, as the term implies, is concerned with an inquiry about how the victim came to his or her death, in a medical, mechanical, or physical sense, and with the contribution of the accused to that result. Where factual causation is established, the remaining issue is legal causation.

Legal causation, which is also referred to as imputable causation, is concerned with the question of whether the accused person should be held responsible in law for the death that occurred. It is informed by legal considerations such as the wording of the section creating the offence and principles of interpretation. These legal considerations, in turn, reflect fundamental principles of criminal justice such as the principle that the morally innocent should not be punished: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 652-53; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 336; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 17; *Cribbin, supra*, at p. 568. In determining whether legal causation is established, the inquiry is directed at the question of whether the accused person should be held criminally responsible for the consequences that occurred. The nature of the inquiry at the stage of determining legal causation is expressed by G. Williams as follows in his *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 381-82, quoted in *Cribbin*, at p. 568:

When one has settled the question of but-for causation, the further test to be applied to the but-for cause in order to qualify it for legal recognition is not a test of causation but a moral reaction. The question is whether the result can fairly be said to be imputable to the defendant. . . . If the term "cause" must be used, it can best be distinguished in this meaning as the "imputable" or "responsible" or "blamable" cause, to indicate the value-judgment involved. The word "imputable" is here chosen as best representing the idea. Whereas the but-for cause can generally be demonstrated scientifically, no experiment can be devised to show that one of a number of concurring but-for causes is more substantial or important than another, or that one person who is

Pour déterminer si une personne peut être tenue responsable d'un résultat donné, en l'espèce la mort, il faut d'abord décider si elle a causé ce résultat en fait et en droit. Pour établir la causalité factuelle, il faut examiner, comme le laisse entendre cette expression, comment la victime est morte sur le plan médical, technique ou physique, et comment l'accusé a contribué à ce résultat. Une fois la causalité factuelle établie, il reste à examiner la causalité juridique.

Pour établir la causalité juridique, également connue sous le nom de causalité imputable (« *imputable causation* »), il faut se demander si l'accusé devrait être tenu responsable en droit du décès qui est survenu. Ce type de causalité repose sur des considérations juridiques telles que le libellé de l'article créant l'infraction et les principes d'interprétation. Ces considérations juridiques reflètent par ailleurs les principes fondamentaux de la justice criminelle, comme celui voulant que les personnes moralement innocentes ne soient pas punies : voir *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 513; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, p. 652-653; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 336; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 17; *Cribbin*, précité, p. 568. Pour déterminer si la causalité juridique a été établie, il faut se demander si l'accusé devrait être tenu criminellement responsable des conséquences qui ont résulté. Dans son ouvrage intitulé *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), p. 381-382, cité dans l'arrêt *Cribbin*, p. 568, G. Williams décrit la nature de l'analyse qui doit être effectuée pour établir la causalité juridique :

[TRADUCTION] Une fois réglée la question de la causalité de type « n'eût été » ou « *sine qua non* », il faut appliquer un critère non pas de causalité mais de réaction morale à la cause *sine qua non* pour qu'elle puisse être reconnue sur le plan juridique. Il faut se demander si on peut dire à juste titre que le résultat est imputable au défendeur. [. . .] Si l'on doit utiliser le mot « cause », il convient alors d'y rattacher les termes « imputable », « responsable » ou « blâmable » pour traduire le jugement de valeur porté. C'est le mot « imputable » qui nous paraît le mieux traduire cette idée. Alors que l'existence d'une cause *sine qua non* peut généralement être démontrée scientifiquement, aucune méthode scientifique ne peut permettre d'établir que l'une des multiples causes

involved in the causal chain is more blameworthy than another.

46 In a given case, the jury does not engage in a two-part analysis of whether both factual and legal causation have been established. Rather, in the charge to the jury, the trial judge seeks to convey the requisite degree of factual and legal causation that must be found before the accused can be held criminally responsible for the victim's death.

47 While causation is a distinct issue from *mens rea*, the proper standard of causation expresses an element of fault that is in law sufficient, in addition to the requisite mental element, to base criminal responsibility. The starting point in the chain of causation which seeks to attribute the prohibited consequences to an act of the accused is usually an unlawful act in itself. When that unlawful act is combined with the requisite mental element for the offence charged, causation is generally not an issue. For example, in the case of murder, where an accused intends to kill a person and performs an act which causes or contributes to that person's death, it is rare for an issue to arise as to whether the accused caused the victim's death. As I discussed in *Cribbin*, *supra*, where the jury is faced with a charge of murder and is satisfied that the accused intended to kill or intended to cause bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless as to whether death occurred, it will rarely be necessary for the trial judge to charge the jury on the standard of causation. In such a case, the *mens rea* requirement generally resolves any concerns about causation. It would be rare in a murder case where the intention to kill or to cause bodily harm likely to cause death is proven for the accused to be able to raise a doubt that, while he intended the result that occurred, he did not cause the intended result. Where it is established that the accused had the subjective foresight of death or serious bodily harm likely to cause death required to sustain a murder conviction, as opposed to the lower manslaughter requirement of objective foreseeability of serious bodily harm, it would be unusual for an issue of causation to arise. Assuming a case arose where

concourantes *sine qua non* est plus substantielle ou importante qu'une autre, ou qu'une personne impliquée dans le lien de causalité est plus blâmable qu'une autre.

Dans une affaire donnée, le jury n'effectue pas une analyse à deux volets pour déterminer si la causalité factuelle et la causalité juridique ont été établies. Au contraire, dans son exposé au jury, le juge du procès essaie d'expliquer le lien de causalité requis, tant sur le plan factuel que sur le plan juridique, pour que l'accusé puisse être tenu criminellement responsable de la mort de la victime.

Bien que la causalité soit une question distincte de la *mens rea*, le critère de causalité approprié comporte un élément de faute qui, outre l'élément moral requis, est suffisant en droit pour conclure à la responsabilité criminelle. C'est un acte illégal en soi qui constitue habituellement le premier maillon du lien de causalité qui permet d'attribuer les conséquences prohibées à un acte de l'accusé. Lorsque cet acte illégal est accompagné de l'élément moral requis pour l'infraction reprochée, la question de la causalité ne se pose généralement pas. Par exemple, dans le cas d'un meurtre, lorsqu'un accusé a l'intention de tuer une personne et commet un acte qui cause la mort de cette personne ou y contribue, la question de savoir si l'accusé a causé la mort de la victime se pose rarement. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Cribbin*, précité, le juge du procès a rarement besoin de donner des directives sur le critère de causalité au jury lorsque celui-ci est saisi d'une accusation de meurtre et est convaincu que l'accusé avait l'intention de tuer ou d'infliger des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Dans un tel cas, l'exigence de *mens rea* règle habituellement toute question qui se pose en matière de causalité. Dans le cas d'un meurtre où l'intention de tuer ou d'infliger des lésions corporelles de nature à causer la mort a été établie, l'accusé est rarement en mesure de susciter un doute en faisant valoir que, même s'il souhaitait le résultat qui s'est produit, il ne l'a pas causé. La question de la causalité se pose rarement lorsqu'il est établi que l'accusé a prévu subjectivement la mort ou les lésions corporelles graves de nature à causer la mort, laquelle prévision subjective est requise pour

intention was established but causation was not proven, a proper verdict might be attempted murder: *Cribbin*, at p. 564.

The law of causation is in large part judicially developed, but is also expressed, directly or indirectly, in provisions of the *Criminal Code*. For example, s. 225 of the *Code* provides that where a person causes bodily injury that is in itself dangerous and from which death results, that person causes the death notwithstanding that the immediate cause of death is proper or improper treatment. Similarly, ss. 222(5)(c) and 222(5)(d) provide that a person commits culpable homicide where he causes the death of a person by causing that person, by threats, fear of violence or by deception, to do anything that causes his death or by wilfully frightening a child or sick person. These statutory provisions and others like them in the *Code* preempt any speculation as to whether the act of the accused would be seen as too remote to have caused the result alleged, or whether the triggering of a chain of events was then interrupted by an intervening cause which serves to distance and exonerate the accused from any responsibility for the consequences. Where the factual situation does not fall within one of the statutory rules of causation in the *Code*, the common law general principles of criminal law apply to resolve any causation issues that may arise.

In light of the statutory rules mentioned above, and in light of general principles of criminal responsibility, the civil law of causation is of limited assistance. The criminal law does not recognize contributory negligence, nor does it have any mechanism to apportion responsibility for the harm occasioned by criminal conduct, except as part of

justifier une déclaration de culpabilité de meurtre, au lieu de l'exigence moindre de la prévisibilité objective des lésions corporelles graves qui s'applique à l'homicide involontaire coupable. Dans le cas où l'intention, mais non l'existence d'un lien de causalité, serait établie, il pourrait convenir de rendre un verdict de culpabilité de tentative de meurtre : *Cribbin*, p. 564.

Les règles de droit applicables en matière de causalité sont en grande partie établies par les tribunaux, mais elles se dégagent aussi, directement ou indirectement, des dispositions du *Code criminel*. Par exemple, l'art. 225 du *Code* prévoit que, lorsqu'une personne cause une blessure corporelle qui est en elle-même de nature dangereuse et dont résulte la mort, elle cause la mort peu importe que la cause immédiate de la mort soit un traitement convenable ou impropre. De même, les sous-al. 222(5)c) et 222(5)d) prévoient qu'une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'une autre personne en portant cette dernière, par des menaces ou la crainte de quelque violence, ou par la supercherie, à faire quelque chose qui cause sa mort, ou en effrayant volontairement un enfant ou une personne malade. Ces dispositions législatives et d'autres dispositions semblables du *Code* empêchent de conjecturer sur la question de savoir si l'acte de l'accusé serait considéré comme étant trop éloigné pour avoir causé le résultat allégué, ou si la suite d'événements a été interrompue par une cause subséquente qui permet de dégager l'accusé de toute responsabilité relative aux conséquences. Lorsque la situation factuelle n'est pas visée par l'une des règles du *Code* applicables en matière de causalité, les principes généraux de common law régissant le droit criminel s'appliquent pour trancher toute question qui peut se poser en matière de causalité.

Compte tenu des règles législatives susmentionnées et des principes généraux de la responsabilité criminelle, les règles de droit civil applicables en matière de causalité ne sont pas d'un grand secours. Le droit criminel ne reconnaît pas la négligence contributive et ne comporte aucun mécanisme de partage de la responsabilité relative au préjudice

sentencing after sufficient causation has been found. In the same way it provides for the possibility of attributing responsibility through the law of attempt, which has no equivalent in the civil context. As a result, I do not find the appellant's submissions relating to the civil standard of causation to be helpful in elucidating the applicable criminal standard.

résultant d'une conduite criminelle, sauf dans le contexte de la détermination de la peine une fois que l'existence d'un lien de causalité suffisant a été établie. De même, il prévoit la possibilité d'imputer une responsabilité au moyen des règles de droit applicables à la tentative d'infraction, qui n'ont pas d'équivalent en matière civile. En conséquence, je ne considère pas que les arguments de l'appelant relatifs au critère de causalité applicable en matière civile sont utiles pour élucider le critère qui s'applique en matière criminelle.

50

In determining whether an accused is guilty of first or second degree murder, the first step for the trier of fact is to determine whether murder has been committed, pursuant to ss. 229 or 230 of the *Criminal Code*: *Farrant, supra*, at p. 141. Once this has been established, the remaining question is whether the offence should be classified as first or second degree murder in accordance with the criteria set out in s. 231 of the *Code*, which is, in essence, a sentencing provision: *Farrant, supra*; *R. v. Droste*, [1984] 1 S.C.R. 208; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, and *Harbottle, supra*. Where, as here, the Crown relies on s. 231(5) of the *Code*, the jury must first find that the accused is guilty of murder before moving on to a consideration of whether the accused's participation in the underlying offence and in the killing of the victim was so direct and substantial that a conviction for first degree murder is appropriate.

Pour décider si un accusé est coupable de meurtre au premier degré ou de meurtre au deuxième degré, le juge des faits doit commencer par déterminer s'il y a eu meurtre aux termes de l'art. 229 ou de l'art. 230 du *Code criminel* : *Farrant*, précité, p. 141. Dès qu'il a fait cela, il lui reste à décider s'il y a lieu de qualifier l'infraction commise de meurtre au premier degré ou de meurtre au deuxième degré selon les critères exposés à l'art. 231 du *Code*, qui est essentiellement une disposition relative à la détermination de la peine : *Farrant*, précité; *R. c. Droste*, [1984] 1 R.C.S. 208; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, et *Harbottle*, précité. Lorsque le ministère public invoque, comme en l'espèce, le par. 231(5) du *Code*, le jury doit d'abord conclure que l'accusé est coupable de meurtre avant d'examiner si sa participation à l'infraction sous-jacente et au meurtre de la victime a été si directe et substantielle qu'il convient de le déclarer coupable de meurtre au premier degré.

C. *Did Harbottle Raise the Standard of Causation?*

C. *L'arrêt Harbottle a-t-il haussé le critère de causalité?*

51

This Court has previously examined the issue of causation in the homicide context in relation to manslaughter in *Smithers, supra*, and in relation to first degree murder under s. 231(5) of the *Code* in *Harbottle, supra*. In considering causation in relation to second degree murder in the present case, it is helpful to first discuss the facts and legal principles set out in *Smithers* and *Harbottle*, before moving on to a consideration of whether *Harbottle* raised the standard of causation for first

Notre Cour a déjà examiné la question de la causalité en matière d'homicide dans l'arrêt *Smithers*, précité, relativement à l'homicide involontaire coupable, et dans l'arrêt *Harbottle*, précité, relativement au meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code*. En examinant la question de la causalité dans le contexte du meurtre au deuxième degré en l'espèce, il est utile de commencer par analyser les faits et les principes juridiques énoncés dans les arrêts *Smithers* et *Har-*

degree murder under s. 231(5) of the *Code* only or for homicide offences generally.

In *Smithers*, the appellant and victim became engaged in a physical altercation following a heated and rough junior hockey game. The appellant gave the victim one or two punches to the head and then, while the victim was doubled over, gave the victim one hard, fast kick in the stomach. Within a few minutes of the kick, the victim was dead. An autopsy revealed that death had occurred from aspiration of vomit, which was an extremely rare occurrence resulting from the malfunctioning of the victim's epiglottis. The Crown's theory was that the kick had precipitated the vomiting and the aspiration of the vomit, and that the appellant had accordingly caused the victim's death. The jury convicted the appellant of manslaughter and the Ontario Court of Appeal dismissed the appellant's appeal.

Two grounds of appeal were raised by the appellant before this Court in *Smithers*. On the first ground, the appellant argued that the trial judge had not made it clear to the jury that the act of assault must also have caused the death of the deceased. Dickson J., as he then was, writing for the Court, concluded that the issue as to the cause of death was properly and sufficiently delineated by the trial judge in charging the jury. On the second ground of appeal, the appellant argued that the Court of Appeal had erred in holding that there was evidence on which the jury could find that the kick had caused the death. This ground of appeal was also rejected by Dickson J. as follows (at p. 519):

In answer to this question it may shortly be said that there was a very substantial body of evidence, both expert and lay, before the jury indicating that the kick was at least a contributing cause of death, outside the *de minimis* range, and that is all that the Crown was required to establish. It is immaterial that the death was in part caused by a malfunctioning epiglottis to

bottle, avant de se demander si l'arrêt *Harbottle* a haussé le critère de causalité en ce qui concerne le meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code* seulement, ou s'il l'a fait en ce qui concerne les infractions d'homicide en général.

Dans l'affaire *Smithers*, l'appelant et la victime avaient eu une empoignade après un match de hockey junior rude et chaudement disputé. L'appelant avait donné un ou deux coups de poing à la tête de la victime et, pendant que celle-ci était courbée, il lui avait asséné un violent et rapide coup de pied à l'abdomen. La victime était décédée quelques minutes après avoir reçu ce coup de pied. L'autopsie avait révélé que la mort était due à l'aspiration de vomissure, un phénomène extrêmement rare résultant du mauvais fonctionnement de l'épiglotte de la victime. La thèse du ministère public était que le coup de pied avait provoqué le vomissement et l'aspiration de vomissure, et que l'appelant avait donc causé la mort de la victime. Le jury a déclaré l'appelant coupable d'homicide involontaire coupable et la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel interjeté par l'appelant.

Dans l'affaire *Smithers*, l'appelant a invoqué deux moyens d'appel devant notre Cour. Premièrement, il a fait valoir que le juge du procès n'avait pas expliqué clairement au jury que les voies de fait devaient avoir également causé la mort de la victime. Le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a rédigé les motifs de la Cour et a conclu que le juge du procès avait convenablement et suffisamment exposé au jury la question qui se posait relativement à la cause du décès. Deuxièmement, l'appelant a soutenu que la Cour d'appel s'était trompée en décidant que le jury disposait d'éléments de preuve lui permettant de conclure que le coup de pied avait causé la mort. Le juge Dickson a également rejeté ce moyen d'appel (à la p. 519) :

À cette question on peut répondre brièvement que témoins experts et ordinaires ont fourni au jury un ensemble de preuves très considérable indiquant que le coup de pied avait pour le moins contribué à la mort, de façon plus que mineure, et que c'est tout ce que le ministère public avait à établir. Il importe peu que la mort ait été causée en partie par un mauvais

52

53

which malfunction the appellant may, or may not, have contributed.

fonctionnement de l'épiglotte auquel l'appellant peut, ou non, avoir contribué.

54

Since *Smithers*, the terminology of “beyond *de minimis*” or “more than a trivial cause” has been used interchangeably with “outside the *de minimis* range” to charge juries as to the relevant standard of causation for all homicide offences, be it manslaughter or murder. The standard of causation was more recently revisited by this Court in *Harbottle*, *supra*, in relation to a conviction of first degree murder under s. 214(5) (now s. 231(5)) of the *Criminal Code*. *Harbottle* involved the rape, forcible confinement and killing of a young woman. The appellant and his accomplice forcibly confined the victim and the appellant watched as his accomplice brutally sexually assaulted her and mutilated her with a knife. His accomplice then proceeded to kill the victim, first trying to slash her wrists and, when that proved unsuccessful, strangling her with her brassiere. To stop the victim from kicking to defend herself, the appellant held down her legs so that his accomplice could succeed in strangling her.

Depuis l'arrêt *Smithers*, on utilise les expressions « cause ayant contribué de façon plus que mineure » (« *beyond de minimis* » ou « *outside the de minimis range* ») ou « cause ayant contribué d'une façon plus que négligeable » dans les directives au jury sur le critère de causalité applicable à toutes les infractions d'homicide, peu importe qu'il s'agisse d'un homicide involontaire coupable ou d'un meurtre. Notre Cour réexaminait récemment ce critère dans l'arrêt *Harbottle*, précité, relativement à une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré fondée sur le par. 214(5) (maintenant par. 231(5)) du *Code criminel*. Il était question dans cette affaire du viol, de la séquestration et du meurtre d'une jeune femme. L'appellant et son complice avaient séquestré la victime, et l'appellant avait regardé son complice agresser brutalement la victime et la mutiler avec un couteau. Son complice avait ensuite tué la victime en essayant d'abord de lui taillader les poignets et, comme il n'y arrivait pas, en l'étranglant avec son soutien-gorge. L'appellant avait tenu les jambes de la victime afin de l'empêcher de continuer de donner des coups de pied pour se défendre pendant que son complice l'étranglait.

55

The trial judge in *Harbottle* charged the jury on first degree murder on the basis of planning and premeditation and also on the basis of the murder having been committed while the victim was being sexually assaulted or forcibly confined pursuant to s. 214(5) of the *Code*. The issue before this Court was whether the trial judge had properly charged the jury with respect to s. 214(5). The appellant conceded that he was a party to the murder of the victim while participating in her forcible confinement or sexual assault, but he argued that the words “caused by that person” in s. 214(5) of the *Code* meant that he could only be found guilty of first degree murder if his actions in holding down the victim's legs were the diagnostic cause of death. The medical evidence revealed that the diagnostic cause of death was asphyxia. Clearly the asphyxia was not directly caused by the holding of her legs but rather by the actions of the appellant's

Dans l'affaire *Harbottle*, le juge du procès a, dans son exposé au jury, fait état de la préméditation et du propos délibéré ainsi que du fait que le meurtre avait été commis pendant l'agression sexuelle ou la séquestration de la victime, tel que prévu au par. 214(5) du *Code*. Notre Cour était saisie de la question de savoir si le juge du procès avait donné au jury des directives appropriées sur le par. 214(5). L'appellant a admis qu'il avait été partie au meurtre en participant à la séquestration ou à l'agression sexuelle de la victime, mais il a soutenu que l'expression « quiconque cause la mort » au par. 214(5) du *Code* signifiait qu'il ne pouvait être reconnu coupable de meurtre au premier degré que si la mort était imputable sur le plan diagnostique au fait qu'il avait tenu les jambes de la victime. La preuve médicale a révélé que la mort était imputable sur le plan diagnostique à l'asphyxie. Il était évident que l'asphyxie résultait directement du fait que le com-

accomplice in strangling her. The Crown argued that the words “caused by that person” in s. 214(5) did not create a causation requirement distinct from the causation required for murder generally.

Cory J., writing for the Court in *Harbottle*, rejected the interpretations of both the Crown and defence as to the correct interpretation of the words “caused by that person” in s. 214(5) of the *Code*. He noted that s. 214(5) is in essence a sentencing provision, and only comes into play once the jury has found the accused guilty of murder for having caused the death of the victim. Once the jury has found the accused guilty of murder, the next step is to determine whether the accused is guilty of first degree murder under s. 214(5). In order for the accused to be found guilty under s. 214(5), with the increased stigma and sentence a conviction of first degree murder entails, Cory J. concluded that the accused must play a very active role — usually a physical role — in the killing and his actions must form an essential, substantial and integral part of the killing of the victim. Cory J. expressly stated that this substantial causation test under s. 214(5) is much higher than the *Smithers* standard of “a contributing cause of death, outside the *de minimis* range”: *Harbottle, supra*, at p. 324.

The appellant submits that *Harbottle* was a parties case and not a causation case and that it should not be interpreted as having adopted a more stringent legal test of causation for multiple cause cases. The appellant says that there was no debate as to what caused the victim’s death in *Harbottle*: she was strangled by the co-accused Ross. *Harbottle* was therefore not a multiple cause case, in the appellant’s submission. The real issue in *Harbottle*, says the appellant, was whether the accused had played an active enough role in the killing that he could be liable for first degree murder. What *Harbottle* did, according to the appellant, was to clarify the law on parties in the context of first degree

pllice de l’appelant avait étranglé la victime et non pas du fait que l’appelant avait tenu les jambes de la victime. Le ministère public a soutenu que l’expression « quiconque cause la mort » au par. 214(5) ne créait pas une exigence de lien de causalité distincte de celle applicable au meurtre en général.

Le juge Cory, qui a rédigé les motifs de la Cour dans l’arrêt *Harbottle*, a rejeté les interprétations que le ministère public et la défense ont données de l’expression « quiconque cause la mort » au par. 214(5) du *Code*. Il a fait remarquer que le par. 214(5) est essentiellement une disposition relative à la détermination de la peine et qu’il n’entre en jeu qu’une fois que le jury a déclaré l’accusé coupable de meurtre pour avoir causé la mort de la victime. Une fois qu’il a déclaré l’accusé coupable de meurtre, le jury doit déterminer si l’accusé est coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 214(5). Le juge Cory a conclu que, pour qu’il puisse être déclaré coupable en vertu du par. 214(5) et faire l’objet de la stigmatisation et de la peine accrues qu’entraîne une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré, l’accusé doit avoir joué un rôle très actif — habituellement un rôle de nature physique — dans le meurtre, et ses actes doivent constituer un élément essentiel et substantiel du meurtre de la victime. Le juge Cory a expressément indiqué que ce critère de la cause substantielle aux fins du par. 214(5) est beaucoup plus exigeant que celui de la cause ayant « contribué à la mort, de façon plus que mineure », établi dans l’arrêt *Smithers* : *Harbottle*, précité, p. 324.

L’appelant soutient que, dans l’affaire *Harbottle*, il était question de parties à une infraction et non de causalité, et qu’on ne devrait pas considérer qu’on y a adopté un critère de causalité juridique plus exigeant dans les cas où il existe des causes multiples. Il affirme que, dans *Harbottle*, il n’y a eu aucun débat sur la cause de la mort de la victime : elle avait été étranglée par le coaccusé Ross. L’appelant fait donc valoir qu’il n’était pas question de causes multiples dans *Harbottle*. Il prétend que la véritable question en litige dans cette affaire était de savoir si l’accusé avait joué un rôle suffisamment actif dans le meurtre pour pouvoir être déclaré coupable de meurtre au premier degré. Selon l’appelant, l’arrêt

56

57

murder under s. 231(5) of the *Code*, not create a higher standard of causation for offences under s. 231(5). The appellant's position is that the terminology of "substantial cause" used in *Harbottle* should be used in charging the jury for all homicide offences and that it does not represent a more stringent standard of causation than the "beyond *de minimis*" standard set out in *Smithers*.

Harbottle a clarifié le droit applicable aux parties au meurtre au premier degré visé par le par. 231(5) du *Code*, sans toutefois établir un critère de causalité plus exigeant dans le cas des infractions prévues à ce paragraphe. L'appelant est d'avis que l'expression « cause substantielle » figurant dans l'arrêt *Harbottle* devrait être utilisée dans les directives au jury relatives aux infractions d'homicide et qu'elle ne constitue pas un critère de causalité plus exigeant que celui de la « cause ayant contribué de façon plus que mineure » (« *beyond de minimis* »), établi dans l'arrêt *Smithers*.

58

In oral argument, the appellant submitted that the *Smithers* test applies to all culpable homicide but that the *Smithers* test should be reformulated and "crystallized" to the specific standard of "significant" or "substantial" rather than using the *Smithers* terminology of "beyond *de minimis*" or "more than trivial". The "crystallized" test of "significant" or "substantial" cause simply clarifies the language of causation so that the jury can properly focus on the correct standard, in the appellant's submission, and does not raise the threshold of causation required. The alleged errors made by the trial judge are first that the jury was instructed on the *Smithers* standard of "more than a trivial cause" rather than the "crystallized" test of "significant" or "substantial" and, second, that the trial judge twice erred in expressing the *Smithers* standard of "more than a trivial cause" by describing it instead as a "slight or trivial cause". The appellant submits that, as a result of these errors, the trial judge incorrectly explained the standard of causation for second degree murder to the jury and the jury may therefore have failed to understand the correct standard of causation.

Dans son argumentation orale, l'appelant a soutenu que le critère de l'arrêt *Smithers* s'applique à tous les homicides coupables, mais qu'il devrait être reformulé et « cristallisé » en critère explicite de la cause [TRADUCTION] « appréciable » ou « substantielle » plutôt que celui de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure » ou « d'une façon plus que négligeable », établi dans l'arrêt *Smithers*. Selon l'appelant, le critère « cristallisé » de la cause « appréciable » ou « substantielle » ne hausse pas le critère de causalité requis; il ne fait que clarifier la terminologie du lien de causalité ce qui permet au jury de se concentrer comme il se doit sur le bon critère. Les erreurs reprochées au juge du procès sont les suivantes : premièrement, il a donné au jury des directives sur le critère de la « cause ayant contribué d'une façon plus que négligeable » établi dans l'arrêt *Smithers*, plutôt que sur le critère « cristallisé » de la cause « appréciable » ou « substantielle », et deuxièmement, il s'est trompé à deux reprises en décrivant le critère établi dans l'arrêt *Smithers* comme étant celui de la [TRADUCTION] « cause mineure ou négligeable » au lieu de la « cause ayant contribué d'une façon plus que négligeable ». L'appelant prétend qu'en raison de ces erreurs le juge du procès a mal expliqué au jury le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré et qu'il se peut donc que le jury n'ait pas compris le critère de causalité qui s'appliquait.

59

The position of the respondent and the intervenor Attorney General for Ontario is that *Harbottle* did establish an elevated causation threshold with the use of the terminology of "substantial cause"

L'intimée et l'intervenant le procureur général de l'Ontario font valoir que l'arrêt *Harbottle* a effectivement haussé le critère de causalité en employant l'expression « cause substantielle »,

but that this elevated standard only applies to the offence of first degree murder pursuant to s. 231(5) of the *Criminal Code* and possibly also s. 231(6) of the *Code*. With respect to second degree murder and manslaughter, the respondent and intervener submit that the *Smithers* standard continues to apply.

There appears to be an inconsistency in the appellant's argument in the present case. On the one hand, he is arguing that the "substantial cause" terminology of *Harbottle* does not represent a higher standard of causation than the *Smithers* standard and that using the terminology of "substantial cause" in relation to all homicide offences would not raise the causation threshold. On the other hand, however, he is arguing that Wilkinson J.'s use of the *Smithers* terminology instead of the *Harbottle* terminology in charging the jury on second degree murder was an error of law so serious that it justifies overturning the conviction for second degree murder and ordering a new trial. If, as the appellant submits, "substantial cause" is not a higher standard of causation than the *Smithers* formulation of "beyond *de minimis*", it would seem to follow that using the *Smithers* terminology instead of the *Harbottle* terminology could not be an error of law, much less an error so serious that it should result in a new trial.

I agree with the appellant that what *Harbottle* really stresses is not solely or even primarily a higher causation requirement to raise murder to first degree murder under s. 231(5) of the *Code*, but rather the increased degree of participation required before the accused may be convicted of first degree murder under s. 231(5). However, I do not agree that the terminology of "substantial cause" should be used to describe the requisite degree of causation for all homicide offences.

mais que ce critère plus exigeant s'applique uniquement à l'infraction de meurtre au premier degré prévue au par. 231(5) et peut-être aussi à celle prévue au par. 231(6) du *Code*. Selon l'intimée et l'intervenant, le critère de l'arrêt *Smithers* continue de s'appliquer en ce qui concerne le meurtre au deuxième degré et l'homicide involontaire coupable.

L'argument avancé en l'espèce par l'appellant paraît illogique. D'une part, l'appellant prétend que l'expression « cause substantielle » utilisée dans *Harbottle* ne constitue pas un critère de causalité plus exigeant que celui de l'arrêt *Smithers* et que l'emploi de cette expression relativement à toutes les infractions d'homicide ne hausserait pas le critère de causalité. D'autre part, il soutient qu'en utilisant la terminologie de l'arrêt *Smithers* au lieu de celle de l'arrêt *Harbottle* dans ses directives au jury sur le meurtre au deuxième degré, le juge Wilkinson a commis une erreur de droit si grave qu'elle justifie d'annuler la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Si, comme le fait valoir l'appellant, la « cause substantielle » ne constitue pas un critère de causalité plus exigeant que le critère de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure » établi dans l'arrêt *Smithers*, il semblerait alors que l'emploi de la terminologie de l'arrêt *Smithers* au lieu de celle de l'arrêt *Harbottle* ne pourrait pas être une erreur de droit et encore moins une erreur si grave qu'elle devrait entraîner la tenue d'un nouveau procès.

Je conviens avec l'appellant qu'en réalité, dans l'arrêt *Harbottle*, l'accent est mis non pas uniquement ni même principalement sur l'existence d'un lien de causalité plus exigeant pour qu'il y ait meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code*, mais plutôt sur l'exigence d'un degré plus grand de participation de l'accusé pour qu'il puisse être déclaré coupable de meurtre au premier degré aux termes de ce paragraphe. Toutefois, je ne suis pas d'accord pour dire qu'on devrait employer l'expression « cause substantielle » pour décrire le lien de causalité requis pour toutes les infractions d'homicide.

60

61

62

Harbottle caused the victim's death within the requirements of s. 231(5) of the *Code* because he was a co-principal in the murder. The degree of participation in the killing by a party whose liability for murder is based on aiding or abetting under s. 21(1)(b) or (c) of the *Criminal Code* or common intention under s. 21(2) of the *Code*, may, under the *Harbottle* formulation, be insufficient to permit a finding that the murder amounts to first degree under s. 231(5), which requires that the murder be committed "by that person" in the course of committing the underlying offence. In the present case, the underlying offence was the unlawful confinement of Mrs. Loski. The underlying offences listed in s. 231(5) of the *Code* all involve the unlawful domination of victims. Where an accused exploits this position of power and commits murder, such an egregious crime warrants the increased stigma and sentence attached to first degree murder: see *Paré, supra*. As explained by Cory J. in *Harbottle*, in order to raise culpability to first degree murder under s. 231(5), something more is required. The "something more" is not that the accused caused more the death of the victim. What is required is that his participation in the killing be sufficiently immediate, direct and substantial to warrant the greater stigma and sentence attached to first degree murder.

63

As *Harbottle*, *Cribbin* and the present case illustrate, causation issues tend to arise in homicides involving multiple parties. Absent s. 21 of the *Criminal Code*, the attribution of criminal responsibility to an individual who aided or abetted another in the commission of the offence would indeed be problematic. However, the law of parties provides that individuals may bear criminal responsibility for the acts of another, and in that way speaks conclusively on some issues of causation. By virtue of s. 21 of the *Code*, Cory J. in *Harbottle* found it unnecessary to engage in fine distinctions as to the degree of participation of the two perpetrators in the killing. Rather, he focused on the meaning of the words "when the death is caused by that person" in s. 214(5) (now s. 231(5))

Monsieur Harbottle a causé la mort de la victime, au sens du par. 231(5) du *Code*, parce qu'il était l'un des coauteurs du meurtre. Selon le critère de l'arrêt *Harbottle*, le fait qu'une personne ait participé à un meurtre, en aidant ou en encourageant à le commettre au sens des al. 21(1)b) ou c) du *Code criminel*, ou en partageant l'intention commune prévue au par. 21(2) du *Code*, peut être insuffisant pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5), qui prévoit que le meurtre doit être commis « par cette personne » en perpétrant l'infraction sous-jacente. En l'espèce, l'infraction sous-jacente était la séquestration de M^{me} Loski. Les infractions sous-jacentes énumérées au par. 231(5) du *Code* comportent toutes un élément de domination illégale des victimes. Lorsqu'un accusé exploite cette position de force et commet un meurtre, un crime aussi odieux justifie que son auteur fasse l'objet de la stigmatisation et de la peine accrues qui sont liées au meurtre au premier degré : voir l'arrêt *Paré*, précité. Comme l'a expliqué le juge Cory dans l'arrêt *Harbottle*, pour qu'il y ait culpabilité de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5), il faut quelque chose de plus. Ce « quelque chose de plus » n'est pas que l'accusé ait davantage causé la mort de la victime. Ce qui est requis c'est que sa participation au meurtre soit suffisamment immédiate, directe et substantielle pour justifier la stigmatisation et la peine accrues qui sont liées au meurtre au premier degré.

Comme les arrêts *Harbottle* et *Cribbin* ainsi que la présente affaire l'illustrent, les questions relatives à la causalité ont tendance à se poser dans les cas d'homicide impliquant plusieurs parties. Sans l'article 21 du *Code criminel*, l'imputation de la responsabilité criminelle à une personne qui a aidé ou encouragé une autre personne à commettre une infraction serait vraiment problématique. Toutefois, les règles de droit applicables aux parties à une infraction prévoient qu'une personne peut être tenue criminellement responsable des actes d'une autre personne et tranchent donc de façon définitive certaines questions relatives à la causalité. Dans l'arrêt *Harbottle*, le juge Cory a décidé qu'en raison de l'art. 21 du *Code* il n'avait pas à établir des distinctions subtiles quant au degré de participation des

in deciding whether the appellant could be found guilty of first degree murder. Cory J. concluded that the use of the word “caused” in s. 214(5) imposed an additional causation requirement separate from the causation required for the offence of murder, which comes into play once the jury has already concluded that the accused is guilty of murder for having caused the death of the victim: *Harbottle*, *supra*, at pp. 316-17. Although not relevant to the present appeal, I note that s. 231(6) of the *Code* also uses the wording “when the death is caused by that person” found in s. 231(5) to elevate murder to first degree murder where the murder is committed in the course of the offence of criminal harassment under s. 264 of the *Code*. Such wording is not found in s. 231(6.1) of the *Code*, which raises murder to first degree where the murder is caused while committing an offence involving the use of explosives under s. 81 of the *Code* for the benefit of a criminal organization.

Once the jury concludes that the accused has committed murder, *Harbottle* indicates that the jury should then move on to consider whether aggravating circumstances exist that justify the increased sentence and stigma of a first degree murder conviction under s. 231(5). The additional “causation” requirement under s. 231(5) does not refer to factual causation but rather to an increased degree of legal causation. In other words, once the jury has determined that the accused committed murder, which entails a finding that the accused caused the victim’s death in both factual and legal terms, it is then necessary to consider whether the moral culpability of the accused, as evidenced by his role in the killing, justifies a verdict of first degree murder. As Cory J. states in *Harbottle*, “[t]he gravity of the crime and the severity of the sentence both indicate that a substantial and high degree of blameworthiness, above and beyond that of murder, must be established in order to convict an accused of first degree murder” (p. 323 (emphasis deleted)). Such a high degree of blameworthiness would only be

deux auteurs de l’homicide. Il s’est plutôt concentré sur le sens des mots « quiconque cause la mort », figurant au par. 214(5) (maintenant par. 231(5)), pour décider si l’appelant pouvait être déclaré coupable de meurtre au premier degré. Le juge Cory a conclu que l’emploi du verbe « cause » au par. 214(5) imposait une autre exigence de lien de causalité distincte du lien de causalité requis pour l’infraction de meurtre, laquelle exigence n’entraîne en jeu qu’une fois que le jury avait conclu que l’accusé était coupable de meurtre pour avoir causé la mort de la victime : *Harbottle*, précité, p. 316-317. Bien que cela ne soit pas pertinent en l’espèce, je souligne que le par. 231(6) du *Code* utilise une formulation (« lorsque celle-ci cause la mort ») semblable à celle que l’on trouve au par. 231(5) (« lorsque la mort est causée par cette personne ») pour faire du meurtre commis en perpétrant l’infraction de harcèlement criminel prévue à l’art. 264 du *Code* un meurtre au premier degré. Ce libellé n’est pas repris au par. 231(6.1) du *Code* qui prévoit qu’un meurtre constitue un meurtre au premier degré lorsqu’il est commis au cours de la perpétration, au profit d’un gang, d’une infraction comportant l’usage d’explosifs prévue à l’art. 81 du *Code*.

L’arrêt *Harbottle* indique qu’une fois qu’il a conclu que l’accusé a commis un meurtre, le jury doit ensuite examiner s’il existe des circonstances aggravantes justifiant la stigmatisation et la peine accrues qu’entraîne une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré fondée sur le par. 231(5). L’autre exigence de « lien de causalité », qu’impose le par. 231(5), renvoie non pas à la causalité factuelle, mais plutôt à un degré accru de causalité juridique. En d’autres mots, dès que le jury décide que l’accusé a commis un meurtre, ce qui implique une conclusion que l’accusé a causé la mort de la victime tant du point de vue factuel que du point de vue juridique, il doit ensuite examiner si la culpabilité morale de l’accusé, qui ressort du rôle qu’il a joué dans le meurtre, justifie un verdict de meurtre au premier degré. Comme le juge Cory l’affirme dans l’arrêt *Harbottle*, « [l]a gravité du crime et la sévérité de la sentence indiquent tous les deux qu’il faut établir l’existence d’un degré substantiel et élevé de culpabilité, outre celle de meurtre, pour que l’accusé soit déclaré coupable de

established where the actions of the accused were found to be “an essential, substantial and integral part of the killing of the victim” (*Harbottle*, at p. 324). The terminology of “substantial cause” is used to indicate a higher degree of legal causation but it is a standard that only comes into play at the stage of deciding whether the accused’s degree of blameworthiness warrants the increased penalty and stigma of first degree murder.

meurtre au premier degré » (p. 323 (soulignement supprimé)). L’existence d’un degré aussi élevé de culpabilité morale ne sera établie que si on conclut que les actes de l’accusé constituent « un élément essentiel et substantiel du meurtre de la victime » (*Harbottle*, p. 324). L’expression « cause substantielle » sert à exprimer un degré plus élevé de causalité juridique, mais ce critère n’entre en jeu qu’au moment de décider si le degré de culpabilité morale de l’accusé justifie la stigmatisation et la peine accrues qui sont liées au meurtre au premier degré.

65

It is clear from a reading of *Harbottle* that the “substantial cause” test expresses the increased degree of moral culpability, as evidenced by the accused person’s degree of participation in the killing, that is required before an accused can be found guilty under s. 231(5) of the *Criminal Code* of first degree murder. The increased degree of participation in the killing, coupled with a finding that the accused had the requisite *mens rea* for murder, justifies a verdict of guilty under s. 231(5) of the *Code*.

À la lecture de l’arrêt *Harbottle*, il est clair que le critère de la « cause substantielle » traduit le degré plus élevé de culpabilité morale qui doit ressortir du degré de participation de l’accusé au meurtre pour qu’on puisse le déclarer coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5) du *Code criminel*. Ce degré plus élevé de participation de l’accusé, joint à la conclusion qu’il avait la *mens rea* requise pour le meurtre, justifie un verdict de culpabilité fondé sur le par. 231(5) du *Code*.

D. *Explaining the Standard of Causation to the Jury*

D. *Explication au jury du critère de causalité*

66

As I discussed earlier, it is important to distinguish between what the legal standard of causation is and how that standard is conveyed to the jury. The difference between these two concepts has been obscured somewhat in the present case by the parties’ focus on the terminology used to describe the standard of causation. I agree with the appellant’s submission that there is only one standard of causation for all homicide offences, whether manslaughter or murder. However, I do not agree with the appellant that the standard must be expressed for all homicide offences, including second degree murder, as one of “substantial cause” as stated in *Harbottle*. Nor must the applicable standard be expressed with the terminology of “beyond *de minimis*” used in the *Smithers* standard.

Comme nous l’avons vu, il est important d’établir une distinction entre le contenu du critère juridique de causalité et la façon dont ce critère doit être expliqué au jury. La différence entre ces deux concepts a été quelque peu éclipsée en l’espèce par le fait que les parties ont mis l’accent sur la terminologie utilisée pour décrire le critère de causalité. Je retiens l’argument de l’appelant selon lequel un seul critère de causalité s’applique à toutes les infractions d’homicide, peu importe qu’il s’agisse d’un homicide involontaire coupable ou d’un meurtre. Toutefois, je ne partage pas son avis que le critère applicable à toutes les infractions d’homicide, y compris le meurtre au deuxième degré, se traduit par l’expression « cause substantielle » utilisée dans l’arrêt *Harbottle*. Le critère applicable ne doit pas non plus être décrit au moyen de la terminologie « cause ayant contribué de façon plus que mineure » (« *beyond de minimis* »), retenue en ce qui concerne le critère de l’arrêt *Smithers*.

At para. 28, Lambert J.A. took note of the various terms used to describe the relevant standard of causation for homicide offences and emphasized the need to distinguish between the concept of causation and the terminology used to express it:

As can readily be seen, there is a diversity of terminology available to describe the relevant causal connection. It is important to be guided by the concepts relevant to causality rather than by the terminology.

In his text *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), Professor D. Stuart quotes at p. 130 from the English case of *British Columbia Electric Railway Co. v. Loach*, [1916] A.C. 719 (P.C.), in which the court expressed scepticism that special terminology could lead to an adequate approach to the issue of causation. While made in the context of a civil action, I find the comments in that case to be applicable to the present context (at pp. 727-28):

It is surprising how many epithets eminent judges have applied to the cause, which has to be ascertained for this judicial purpose of determining liability, and how many more to other acts and incidents, which for this purpose are not the cause at all. "Efficient or effective cause," "real cause," "proximate cause," "direct cause," "decisive cause," "immediate cause," "*causa causans*," on the one hand, as against, on the other, "*causa sine qua non*," "occasional cause," "remote cause," "contributory cause," "inducing cause," "condition," and so on. No doubt in the particular cases in which they occur they were thought to be useful or they would not have been used, but the repetition of terms without examination in other cases has often led to confusion, and it might be better, after pointing out that the inquiry is an investigation into responsibility, to be content with speaking of the cause of the injury simply and without qualification.

In describing the *Smithers* standard of causation, Lambert J.A. concluded that the phrase "a contributing cause that is not trivial or insignificant" reflected the applicable standard without the need to resort to the use of the Latin expression "beyond *de minimis*". He further found that a cause that is "not

Au paragraphe 28, le juge Lambert relève les diverses expressions utilisées pour décrire le critère de causalité applicable aux infractions d'homicide et a insisté sur la nécessité d'établir une distinction entre le concept de causalité et la terminologie utilisée pour l'exprimer :

[TRADUCTION] Comme on peut facilement le constater, il existe diverses expressions pour décrire le lien de causalité. Il est important de se laisser guider par les concepts pertinents en la matière plutôt que par la terminologie utilisée.

À la page 130 de son ouvrage intitulé *Canadian Criminal Law : A Treatise* (3^e éd. 1995), le professeur D. Stuart cite l'arrêt anglais *British Columbia Electric Railway Co. c. Loach*, [1916] A.C. 719 (C.P.), dans lequel la cour dit douter que le recours à une terminologie particulière puisse permettre d'aborder de la bonne façon la question du lien de causalité. Bien que ces commentaires aient été faits dans le cadre d'une action civile, j'estime qu'ils s'appliquent dans le présent contexte (aux p. 727-728) :

[TRADUCTION] Il est étonnant de constater le nombre d'épithètes que des juges éminents ont utilisées pour qualifier la cause qu'ils doivent vérifier pour déterminer la responsabilité, et le nombre encore plus élevé d'épithètes qui ont été appliquées aux actes et épisodes qui ne constituent pas une cause à cette fin. D'une part, « cause véritable », « cause réelle », « cause immédiate », « cause directe », « cause déterminante », « *causa causans* » et, d'autre part, « cause *sine qua non* », « cause occasionnelle », « cause éloignée », « cause concourante », « cause déterminante », « condition », et ainsi de suite. Il n'y a pas de doute que, dans les cas où on les a utilisées, on a jugé que ces expressions étaient utiles sinon on ne l'aurait pas fait, mais le fait qu'on les ait reprises sans s'interroger dans d'autres cas a souvent créé de la confusion, et il serait peut-être préférable, après avoir souligné qu'il s'agit de déterminer la responsabilité, de se contenter de parler tout simplement de la cause du préjudice sans la qualifier.

En décrivant le critère de causalité de l'arrêt *Smithers*, le juge Lambert a conclu que les mots [TRADUCTION] « cause ayant contribué d'une façon qui n'est pas négligeable ou insignifiante » reflétaient le critère applicable sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'expression latine « *de minimis* » utili-

67

68

69

insignificant” can be expressed positively as a cause that is “significant” and that it would therefore be correct to describe the *Smithers* standard as a “significant contributing cause” (para. 29).

sée dans la version anglaise de l’arrêt *Smithers*. Il a en outre estimé que l’on peut désigner une cause « qui n’est pas insignifiante » en utilisant la forme affirmative pour parler plutôt d’une cause « appréciable », et qu’il serait donc approprié de décrire le critère de l’arrêt *Smithers* comme étant celui de la « cause ayant contribué de façon appréciable » (« *significant contributing cause* ») (par. 29).

70

There is a semantic debate as to whether “not insignificant” expresses a degree of causation lower than “significant”. This illustrates the difficulty in attempting to articulate nuances in this particular legal standard that are essentially meaningless. I agree with Lambert J.A. that even if it were desirable to formulate a causation test for second degree murder that is higher than the *Smithers* standard for manslaughter but less strict than the *Harbottle* standard for first degree murder under s. 231(5), which I conclude it is not, it would be difficult to formulate such a test in a meaningful way and even more difficult for a jury to grasp the subtle nuances and apply three different standards of causation.

Il existe un débat sémantique quant à savoir si l’expression « qui n’est pas insignifiante » traduit un degré de causalité moindre que le mot « appréciable ». Cela montre la difficulté d’essayer d’apporter à ce critère juridique particulier des nuances essentiellement dépourvues de sens. Je conviens avec le juge Lambert que, même s’il était souhaitable de formuler pour le meurtre au deuxième degré un critère de causalité plus exigeant que celui établi pour l’homicide involontaire coupable dans l’arrêt *Smithers*, mais moins exigeant que celui établi, dans l’arrêt *Harbottle*, pour le meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) — ce qui n’est pas souhaitable selon moi —, il serait difficile de formuler de manière utile un tel critère et encore plus difficile pour un jury de saisir les nuances subtiles et d’appliquer trois critères de causalité différents.

71

The causation standard expressed in *Smithers* is still valid and applicable to all forms of homicide. In addition, in the case of first degree murder under s. 231(5) of the *Code*, *Harbottle* requires additional instructions, to which I will return. The only potential shortcoming with the *Smithers* test is not in its substance, but in its articulation. Even though it causes little difficulty for lawyers and judges, the use of Latin expressions and the formulation of the test in the negative are not particularly useful means of conveying an abstract idea to a jury. In order to explain the standard as clearly as possible to the jury, it may be preferable to phrase the standard of causation in positive terms using a phrase such as “significant contributing cause” rather than using expressions phrased in the negative such as “not a trivial cause” or “not insignificant”. Latin terms such as “*de minimis*” are rarely helpful.

Le critère de causalité formulé dans l’arrêt *Smithers* est encore valide et applicable à toutes les formes d’homicide. De plus, dans le cas du meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code*, l’arrêt *Harbottle* exige des directives additionnelles, auxquelles je reviendrai plus loin. Le seul point faible que peut avoir le critère de l’arrêt *Smithers* se trouve non pas dans son contenu, mais dans sa formulation. Bien qu’ils causent peu de difficultés aux juges et aux avocats, l’emploi d’expressions latines et la formulation de critères sous la forme négative ne sont pas particulièrement utiles pour expliquer une notion abstraite à un jury. Pour expliquer le plus clairement possible le critère de causalité au jury, il peut être préférable de le formuler de façon affirmative en parlant, par exemple, d’une « cause ayant contribué de façon appréciable » au lieu de recourir à une formule négative comme celle de la « cause ayant contribué d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante ». Les expressions latines telles que « *de minimis* » sont rarement utiles.

In deciding how the applicable standard of causation should be articulated to the jury, trial judges have a discretion in choosing the terminology they wish to use to explain the standard. Causation issues are case-specific and fact-driven. For that reason, it is important to afford a trial judge with the flexibility to put issues of causation to the jury in an intelligible fashion that is relevant to the circumstances of the case, including whether or not there are multiple accused persons or parties. As I discussed in *Cribbin*, *supra*, at pp. 565-66, while different terminology has been used to explain the applicable standard in Canada, Australia and England, whether the terminology used is “beyond *de minimis*”, “significant contribution” or “substantial cause”, the standard of causation which this terminology seeks to articulate, within the context of causation in homicide, is essentially the same: see *R. v. Pagett* (1983), 76 Cr. App. R. 279 (C.A.); *R. v. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141 (S.C. *in banco*); *Royall v. R.* (1991), 100 A.L.R. 669 (H.C.); *R. v. Smith* (1959), 43 Cr. App. R. 121 (C.-M.A.C.); *R. v. Cheshire*, [1991] 3 All E.R. 670 (C.A.), and *R. v. Hennigan*, [1971] 3 All E.R. 133 (C.A.). For example, in *Cheshire*, the court stated that (at p. 677):

It is not the function of the jury to evaluate competing causes or to choose which is dominant provided they are satisfied that the accused's acts can fairly be said to have made a significant contribution to the victim's death. We think the word 'significant' conveys the necessary substance of a contribution made to the death which is more than negligible.

Similarly, in *Hennigan*, the court described the standard of causation on a charge of causing death by dangerous driving as follows at p. 135:

The court would like to emphasise this, that there is of course nothing in s. 1 of the Road Traffic Act 1960 which requires the manner of the driving to be a substantial cause, or a major cause, or any other description of cause, of the accident. So long as the dangerous driving is a cause and something more than *de minimis*, the statute operates. What has happened in the past is that judges

Les juges du procès ont le pouvoir discrétionnaire de choisir la terminologie qu'ils utiliseront pour expliquer au jury le critère de causalité applicable. Les questions relatives à la causalité sont particulières à chaque cas et reposent sur les faits. C'est pourquoi il importe de donner au juge du procès la latitude d'expliquer de façon intelligible au jury les questions relatives à la causalité qui sont pertinentes eu égard aux circonstances de l'affaire, y compris celle de savoir s'il y a plus d'un accusé ou plus d'une partie. Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *Cribbin*, précité, p. 565-566, bien qu'une terminologie différente soit utilisée au Canada, en Australie et en Angleterre pour expliquer le critère applicable, qu'il s'agisse des expressions « cause ayant contribué de façon plus que mineure » (« *beyond de minimis* »), « contribution appréciable » ou « cause substantielle », le critère de causalité que ces termes visent à expliquer dans le contexte d'un homicide est essentiellement le même : voir *R. c. Pagett* (1983), 76 Cr. App. R. 279 (C.A.); *R. c. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141 (C.S. *in banco*); *Royall c. R.* (1991), 100 A.L.R. 669 (H.C.); *R. c. Smith* (1959), 43 Cr. App. R. 121 (C.-M.A.C.); *R. c. Cheshire*, [1991] 3 All E.R. 670 (C.A.); *R. c. Hennigan*, [1971] 3 All E.R. 133 (C.A.). Par exemple, dans l'arrêt *Cheshire*, la cour affirme (à la p. 677) :

[TRADUCTION] Il n'appartient pas au jury d'évaluer les différentes causes possibles ou de choisir celle qui est dominante, pourvu qu'il soit convaincu que l'on peut à juste titre affirmer que les actes de l'accusé ont contribué de façon appréciable à la mort de la victime. Nous pensons que le mot « appréciable » explique que la contribution à la mort doit être plus que négligeable.

De même, dans l'arrêt *Hennigan*, la cour décrit ainsi le critère de causalité applicable à une accusation de conduite dangereuse ayant causé la mort (à la p. 135) :

[TRADUCTION] La cour aimerait souligner qu'il est évident que l'art. 1 de la Road Traffic Act 1960 n'exige pas que la façon de conduire soit une cause substantielle, majeure ou autre de l'accident. Dès que la conduite dangereuse contribue de façon plus que minime à la mort, la loi s'applique. Dans le passé, des juges ont considéré pratique d'indiquer dans leurs directives au

have found it convenient to direct the jury in the form that it must be, as in one case it was put, the substantial cause.

To the extent that trial judges may find it more useful to express the standard of causation in *Smithers* in a more direct and affirmative fashion, they may find it preferable to express the standard positively as a “significant contributing cause”, to use the terminology of Lambert J.A. in the present appeal.

jury que la conduite dangereuse doit être la cause substantielle, pour reprendre l’expression utilisée dans une affaire.

Dans la mesure où il peut leur sembler davantage utile d’expliquer le critère de causalité de l’arrêt *Smithers* d’une façon plus directe et affirmative, les juges du procès peuvent estimer préférable de le décrire comme étant celui de la « cause ayant contribué de façon appréciable » (« *significant contributing cause* »), pour reprendre la terminologie du juge Lambert dans le présent pourvoi.

73

In light of *Harbottle*, where the jury must be instructed on first degree murder under s. 231(5) of the *Code* in addition to manslaughter or second degree murder, the terminology of “substantial cause” should be used to describe the applicable standard for first degree murder so that the jury understands that something different is being conveyed by the instructions concerning s. 231(5) of the *Code* with respect to the requisite degree of participation of the accused in the offence. In such cases, it would make sense to instruct the jury that the acts of the accused have to have made a “significant” contribution to the victim’s death to trigger culpability for the homicide while, to be guilty of first degree murder under s. 231(5), the accused’s actions must have been an essential, substantial and integral part of the killing of the victim.

À la lumière de l’arrêt *Harbottle*, lorsque le jury doit recevoir des directives sur le meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code* en plus de directives sur l’homicide involontaire coupable ou le meurtre au deuxième degré, il y a lieu d’employer l’expression « cause substantielle » pour décrire le critère applicable au meurtre au premier degré afin de permettre au jury de comprendre que les directives concernant le par. 231(5) du *Code* comportent un élément différent en ce qui a trait au degré requis de participation de l’accusé à la perpétration de l’infraction. Dans un tel cas, il serait logique d’indiquer au jury que, pour qu’il y ait culpabilité d’homicide, l’accusé doit avoir, par ses actes, contribué « de façon appréciable » à la mort de la victime, tandis que pour qu’il y ait culpabilité de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5), les actes que l’accusé a accomplis doivent avoir constitué un élément essentiel et substantiel du meurtre de la victime.

E. *Is Causation an Issue on the Facts of the Present Appeal?*

E. *La question de la causalité se pose-t-elle d’après les faits du présent pourvoi?*

74

As I mentioned earlier, causation issues rarely arise in murder offences. Thus, in the usual case, it will be unnecessary for the trial judge to explain the applicable standard of causation to the jury in relation to either second degree murder or first degree murder. Causation issues arise more frequently in manslaughter cases, in which the fault element resides in a combination of causing death by an unlawful act, or by criminal negligence, and mere objective foreseeability of death. As the cases

Comme je l’ai déjà dit, les questions relatives à la causalité se posent rarement dans le cas d’une infraction de meurtre. C’est pourquoi il n’est pas nécessaire habituellement que le juge du procès explique au jury le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré ou au meurtre au premier degré. Les questions relatives à la causalité se posent plus souvent dans le cas d’un homicide involontaire coupable, où l’élément de faute réside dans le fait d’avoir causé la mort par un acte illégal ou

illustrate, causation issues tend to arise in factual situations involving multiple parties (e.g. *Harbottle*), thin skull victims (e.g. *Smithers*), intervening events (e.g. *Hallett*) or some combination of these factors.

The appellant submits that the present appeal is a case involving multiple causation in which the trier of fact must decide whether the acts of the accused were a “beyond *de minimis*” contribution that triggers criminal liability. The respondent and intervenor do not take issue with the appellant’s characterization of this appeal as a case involving multiple causes.

The appellant submits that in this case several causes contributed to Mrs. Loski’s death. The appellant submits that the Crown’s medical expert, Dr. Roy, agreed that there were probably multiple factors contributing to Mrs. Loski’s asphyxia, namely, being hog-tied, the ligature around her neck, her congestive heart failure, her cardiac abnormality, her asthma and the old-fashioned corset girdle that she was wearing. In the appellant’s submission, the acts of the appellant and the victim’s pre-existing medical conditions may both have contributed to her death. The appellant submits that the medical evidence in the present case is equivocal as to what caused asphyxiation. The appellant submits that in a case involving only one cause of death, the “but for” test usually resolves the causation issue. However, in a case such as the present one involving two or more causes of death, the appellant submits that the trier of fact must decide whether the accused’s act contributed to the victim’s death sufficiently to attract criminal liability.

The difficulty in establishing a single, conclusive medical cause of death does not lead to the legal conclusion that there were multiple operative

par négligence criminelle, et dans la simple prévisibilité objective de la mort. Comme la jurisprudence l’indique, les questions relatives à la causalité ont tendance à se poser dans les situations où il est question de plusieurs parties (par exemple, l’arrêt *Harbottle*), de victimes vulnérables (par exemple, l’arrêt *Smithers*), de faits subséquents (par exemple, la décision *Hallett*) ou d’une combinaison de ces éléments.

L’appelant soutient qu’il est question, dans le présent pourvoi, de causes multiples et que le juge des faits doit décider si l’accusé a, par ses actes, contribué « de façon plus que mineure » à la mort de la victime, de sorte que sa responsabilité criminelle est engagée. L’intimée et l’intervenant ne contestent pas la façon dont l’appelant caractérise le présent pourvoi, à savoir qu’il y est question de causes multiples.

L’appelant prétend que plusieurs causes ont contribué en l’espèce à la mort de M^{me} Loski. Il fait valoir que le médecin expert du ministère public, le D^r Roy, a reconnu que plusieurs facteurs avaient probablement contribué à l’asphyxie de M^{me} Loski, notamment le fait d’avoir eu les pieds et les mains liés derrière le dos, le garrot autour de son cou, le corset à l’ancienne qu’elle portait, ainsi que l’insuffisance cardiaque globale, l’anomalie cardiaque et l’asthme dont elle souffrait. Selon l’appelant, tant ses actes que l’état de santé préexistant de la victime peuvent avoir contribué au décès de cette dernière. Il soutient que la preuve médicale présentée en l’espèce est équivoque quant à la cause de l’asphyxie. Il affirme que, dans un cas où le décès n’est attribuable qu’à une seule cause, le critère du « n’eût été » ou de la cause « *sine qua non* » règle habituellement la question de la causalité. Toutefois, selon l’appelant, dans un cas comme celui qui nous occupe où le décès est attribuable à plus d’une cause, le juge des faits doit décider si l’accusé a, par ses actes, suffisamment contribué à la mort de la victime pour que sa responsabilité criminelle soit engagée.

La difficulté d’établir l’existence d’une seule cause médicale déterminante du décès n’amène pas à conclure en droit que le décès est attribua-

75

76

77

causes of death. In a homicide trial, the question is not what caused the death or who caused the death of the victim but rather did the accused cause the victim's death. The fact that other persons or factors may have contributed to the result may or may not be legally significant in the trial of the one accused charged with the offence. It will be significant, and exculpatory, if independent factors, occurring before or after the acts or omissions of the accused, legally sever the link that ties him to the prohibited result.

78

In my view, this case does not involve truly multiple independent causes, as for instance, when improper treatment can also be responsible for the victim's death. An example of a case that involves multiple causes is *Hallett, supra*. In that case, the victim was beaten and left unconscious by the sea and was drowned by the incoming tide. The question in that case was whether the accused's actions were such that he should be held responsible for the death despite the intervening cause of the incoming tide. The court expressed the test of causation as follows at p. 149:

The question to be asked is whether an act or series of acts (in exceptional cases an omission or series of omissions) consciously performed by the accused is or are so connected with the event that it or they must be regarded as having a sufficiently substantial causal effect which subsisted up to the happening of the event, without being spent or without being in the eyes of the law sufficiently interrupted by some other act or event.

Unlike *Hallett*, no intervening causes arose in the present case between the appellant's action and the victim's death.

79

Nor does this case present an illustration of the operation of the thin-skull rule in the criminal context. The thin-skull rule, which is a long-standing principle of tort law, provides that a wrongdoer must take his victim as he finds him: *Dulieu v. White*, [1901] 2 K.B. 669; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458. Thus, the fact that a victim's head injuries are aggravated beyond

ble à des causes multiples. Dans un procès pour homicide, la question qui se pose est de savoir non pas qui ou quoi a causé la mort de la victime, mais plutôt si l'accusé a causé cette mort. Le fait que d'autres personnes ou facteurs peuvent avoir contribué au résultat peut être important sur le plan juridique lors du procès de la personne accusée de l'infraction. Ce fait sera important et disculpatoire si des facteurs indépendants, antérieurs ou postérieurs aux actes ou omissions de l'accusé, rompent juridiquement le lien entre celui-ci et le résultat prohibé.

À mon avis, il n'est pas question en l'espèce de causes vraiment multiples et indépendantes, comme c'est le cas, par exemple, lorsqu'un traitement impropre peut également être à l'origine du décès de la victime. La décision *Hallett*, précitée, est un exemple de cas où il est question de causes multiples. Dans cette affaire, la victime, après avoir été battue, avait été abandonnée inconsciente au bord de la mer et avait péri noyée à la marée montante. Il s'agissait de déterminer si les actes de l'accusé étaient tels qu'il devait être tenu responsable de la mort malgré la cause subséquente qu'avait constitué la marée. La cour a formulé ainsi le critère de causalité (à la p. 149) :

[TRADUCTION] La question à se poser est de savoir si un acte ou une série d'actes (exceptionnellement, une omission ou une série d'omissions) consciemment accomplis par l'accusé sont tellement liés à l'événement qu'ils doivent être considérés comme ayant un effet causal suffisamment substantiel qui a subsisté jusqu'à ce que l'événement survienne, sans qu'il y soit mis fin ou qu'il soit suffisamment interrompu, aux yeux de la loi, par quelque autre acte ou événement.

Contrairement à la situation dans *Hallett*, aucune cause n'est intervenue en l'espèce entre l'acte de l'appelant et la mort de la victime.

La présente affaire ne constitue pas non plus un exemple de l'application de la règle de la vulnérabilité de la victime en matière criminelle. Selon cette règle, qui est un principe de longue date du droit de la responsabilité délictuelle, l'auteur du délit doit prendre sa victime comme elle est : *Dulieu c. White*, [1901] 2 K.B. 669; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458. Ainsi, le fait que les blessures à

what would normally be expected because of the victim's unusually thin skull does not relieve a tortfeasor of liability for the full extent of the harm that resulted from his wrongdoing. That principle applies equally in the criminal context and is reflected, in part, in ss. 222(5)(d) and 226 of the *Criminal Code*. As expressed by McLachlin J., as she then was, in *Creighton, supra*, at p. 52:

The thin-skull rule is a good and useful principle. It requires aggressors, once embarked on their dangerous course of conduct which may foreseeably injure others, to take responsibility for all the consequences that ensue, even to death.

The potential harshness of the application of the thin-skull rule in the criminal context is mitigated by the requirement that the accused have the requisite *mens rea* for the offence charged, which consists of "objective foreseeability of the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act": *Creighton, supra*, at p. 45.

The present appeal does not present the classic thin-skull scenario where the victim's death occurred unexpectedly as a result of the victim's unusual and unforeseeable susceptibility to injury. It is clear on the medical evidence that the victim's physical conditions related to her advanced age may have hastened her demise. However, there was no evidence to indicate that Mrs. Loski's death would have occurred without the actions of the appellant and his accomplice. Nor is there any evidence that she was a thin-skull victim whose physical characteristics were unusual for a woman of her age. By all accounts, she was healthy and active. A much younger victim, subjected to the same treatment, may also have failed to survive. An example of a true thin-skull situation is *Smithers*, the facts of which are discussed earlier. There is also no evidence of any intervening cause which resulted in Mrs. Loski's death. The various potential causes of death that are advanced by the appellant in the present case would all be caught by the statutory or common law principles that

la tête de la victime soient plus graves qu'elles ne l'auraient normalement été en raison de son crâne exceptionnellement fragile n'empêche pas l'auteur du délit d'être tenu responsable de tout le préjudice ayant résulté de sa faute. Ce principe s'applique également en matière criminelle et se dégage en partie de l'al. 222(5)d) et de l'art. 226 du *Code criminel*. Comme l'a dit le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Creighton*, précité, p. 52 :

Le principe de la vulnérabilité de la victime est à la fois bon et utile. Il oblige les agresseurs, une fois lancés dans une conduite dangereuse qui pourra d'une manière prévisible causer des blessures à autrui, à endosser la responsabilité de toutes les conséquences, y compris la mort.

La rigueur potentielle de l'application de la règle de la vulnérabilité de la victime en matière criminelle est atténuée par l'exigence que l'accusé possède la *mens rea* requise pour l'infraction dont il est accusé, à savoir qu'il y ait eu « prévisibilité objective [. . .] du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère » : *Creighton*, précité, p. 45.

Il n'est pas question, dans le présent pourvoi, du cas classique de la victime qui décède de façon inattendue en raison de sa vulnérabilité inhabituelle et imprévisible aux blessures. La preuve médicale établit clairement que la condition physique de la victime liée à son grand âge peut avoir accéléré son décès. Toutefois, rien dans la preuve n'indique que M^{me} Loski serait décédée n'eût été les actes de l'appellant et de son complice. La preuve n'indique pas non plus qu'elle était une victime vulnérable dont les caractéristiques physiques étaient inhabituelles pour une femme de son âge. Tout porte à croire qu'elle était active et en bonne santé. Une victime beaucoup plus jeune, soumise au même traitement, n'aurait peut-être pas non plus survécu. L'arrêt *Smithers*, dont les faits ont été analysés précédemment, est un exemple de cas où la victime était vraiment vulnérable. De même, rien dans la preuve n'indique qu'une cause subséquente a entraîné la mort de M^{me} Loski. Les diverses causes potentielles de la mort que l'appellant a invoquées en l'espèce

preclude an interruption of the chain of causation such as to eliminate the criminal responsibility of the accused.

81

In the appellant's own submission, it is only in cases involving multiple causes that the jury need be charged on the applicable standard of causation. In my view, this is not such a case. The fact that the appellant's actions might not have caused death in a different person, or that death might have taken longer to occur in the case of a younger victim, does not transform this case into one involving multiple causes. Clearly, where an accused person hog ties an elderly woman, places a ligature of clothing around her neck and abandons her, in the knowledge that she lives alone, without notifying anyone of her plight, it is not unexpected that death will result if no one rescues the victim in time.

82

In my view, it was unnecessary in this case to instruct the jury on the law of causation for homicide, beyond stating the need to find that the accused caused the death of the victim. I agree with Braidwood J.A. and McEachern C.J.B.C. in the Court of Appeal that there was no plausibility to the appellant's submission that telling the jury that the standard of causation was "substantial cause" instead of "more than a trivial cause" could possibly have made any difference to the verdict of second degree murder. There was no evidence that anything other than the actions of the appellant and his accomplice caused Mrs. Loski's death. Mrs. Loski's death resulted from being left alone hog-tied in her bedroom with a ligature around her neck. Nothing that occurred following the actions of the appellant and his accomplice in tying her up and leaving her alone can be said to have broken the chain of causation linking them with her death. However, in relation to the charge of first degree murder, it was necessary for the trial judge to instruct the jury in accordance with *Harbottle* under s. 231(5) of the *Code*, given the requirement that the Crown establish that the physical actions of the accused form an essential,

seraient toutes visées par les principes législatifs ou de common law qui empêchent la rupture du lien de causalité qui permettrait d'exonérer l'accusé de toute responsabilité criminelle.

Comme le soutient lui-même l'appelant, ce n'est que dans le cas où il existe des causes multiples qu'il est nécessaire de donner des directives au jury sur le critère de causalité applicable. À mon avis, nous ne sommes pas en présence d'un tel cas. Ce n'est pas parce que les actes de l'appelant n'auraient peut-être pas causé la mort d'une autre personne ou que la mort aurait pu tarder davantage à survenir si la victime avait été plus jeune qu'on peut dire qu'il existe en l'espèce des causes multiples. Lorsqu'un accusé lie les pieds et les mains d'une personne âgée derrière son dos, lui installe un garrot autour du cou et l'abandonne, sachant qu'elle vit seule et sans avertir qui que ce soit de la situation dans laquelle elle se trouve, on peut évidemment s'attendre à ce que cette personne âgée meure si elle n'est pas délivrée à temps.

À mon avis, il n'était pas nécessaire en l'espèce de donner au jury des directives sur les règles de causalité applicables en matière d'homicide, si ce n'est pour leur faire part de la nécessité de conclure que l'accusé a causé la mort de la victime. Je suis d'accord avec le juge Braidwood et le juge en chef McEachern de la Cour d'appel pour qualifier d'in vraisemblable l'argument de l'appelant selon lequel le jury aurait pu rendre un verdict autre que celui de meurtre au deuxième degré si on lui avait dit que le critère de causalité applicable était celui de la « cause substantielle » au lieu de celui de la « cause ayant contribué d'une façon plus que négligeable ». Rien dans la preuve n'indiquait que la mort de M^{me} Loski était attribuable à autre chose que les actes de l'appelant et de son complice. Celle-ci est morte parce qu'elle a été abandonnée, pieds et mains liés derrière le dos, dans sa chambre à coucher, avec un garrot autour du cou. Rien de ce qui est survenu après que l'appelant et son complice eurent ligoté la victime et l'eurent abandonnée ne peut être considéré comme ayant rompu le lien de causalité entre eux et la mort de la victime. Toutefois, en ce qui concerne l'accusation de meurtre au premier degré, il était nécessaire que le juge du procès donne au

substantial and integral part of the killing of the victim.

As I stated in *Cribbin*, causation is a legal rule based on concepts of moral responsibility and is not a mechanical or mathematical exercise. On the facts of the present appeal, the jury properly found that the appellant caused Mrs. Loski's death and must bear legal responsibility for having done so. The central issue at trial was whether there was sufficient evidence of the necessary intent to put the charge of murder to the jury. The defence made an application at trial to withdraw murder from the jury. The question before Wilkinson J. on this application was whether there was some evidence on which the jury could conclude that the appellant meant to cause bodily harm to Mrs. Loski that he knew was likely to cause death within the meaning of s. 229(a)(ii) of the *Criminal Code*. Wilkinson J. denied the defence application to withdraw the charge of murder from the jury.

In my view, the real issue of concern in this case with respect to the charge of murder was not whether or not the appellant caused the victim's death, but whether or not he knew that his actions were likely to cause her death. Did he know that the actions taken by him and by his accomplice were likely to cause Mrs. Loski's death? Did he know that someone of Mrs. Loski's age would likely die from the effects of being hog-tied? Did he anticipate that the gag might slip? Did he foresee that no one might come by her house and rescue her before she died?

F. *The Charge to the Jury and the Verdict*

As discussed above, I conclude that the test of causation is the same for all homicide offences and that it is not appropriate to apply a different standard of causation to the offences of manslaughter

jury des directives sur le par. 231(5) du *Code* conformément à l'arrêt *Harbottle*, étant donné que le ministère public était tenu d'établir que les actes de l'accusé constituaient un élément essentiel et substantiel du meurtre de la victime.

Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Cribbin*, la causalité est un principe juridique qui repose sur des notions de responsabilité morale et n'est pas un exercice machinal ou mathématique. D'après les faits du présent pourvoi, le jury a conclu à juste titre que l'appelant avait causé la mort de M^{me} Loski et qu'il doit assumer la responsabilité juridique de ses actes. La question centrale au procès était de savoir si la preuve de l'intention requise était suffisante pour soumettre l'accusation de meurtre à l'appréciation du jury. Au procès, la défense a présenté une demande visant à soustraire l'accusation de meurtre à l'appréciation du jury. La question que le juge Wilkinson devait trancher relativement à cette demande était de savoir s'il y avait des éléments de preuve qui permettraient au jury de conclure que l'appelant avait eu l'intention de causer à M^{me} Loski des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort, au sens du sous-al. 229a)(ii) du *Code criminel*. Le juge Wilkinson a rejeté la demande de la défense visant à soustraire l'accusation de meurtre à l'appréciation du jury.

À mon avis, la véritable question qui se posait en l'espèce relativement à l'accusation de meurtre était de savoir non pas si l'appelant avait causé la mort de la victime, mais plutôt s'il savait que ses actes étaient de nature à causer sa mort. Savait-il que ses actes et ceux de son complice étaient de nature à causer la mort de M^{me} Loski? Savait-il qu'une personne âgée comme M^{me} Loski mourrait probablement si elle avait les pieds et les mains liés derrière le dos? A-t-il prévu que le bâillon pourrait glisser? A-t-il prévu qu'il se pourrait que personne ne vienne délivrer la victime avant qu'elle meure?

F. *L'exposé au jury et le verdict*

Comme je l'ai dit précédemment, je conclus que le critère de causalité est le même pour toutes les infractions d'homicide et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer un critère différent aux infractions d'ho-

83

84

85

and murder. The applicable standard of causation has traditionally been articulated in this country on the basis of the language used in *Smithers* that the accused must be a cause of the death beyond *de minimis*. This standard has not been overruled in any subsequent decisions of this Court, including *Harbottle*.

86

In this case, the charge to the jury was entirely satisfactory. The trial judge charged the jury on the elements of manslaughter, second degree murder and first degree murder under s. 231(5) of the *Criminal Code*. With respect to manslaughter and second degree murder, the trial judge told the jurors that they must find that the accused was “more than a trivial cause” of death in order to conclude that the accused caused Mrs. Loski’s death. In essence, this reflects the test of causation set out in *Smithers*, and accurately states the correct standard of causation for second degree murder. On two occasions, once in the main charge and once in responding to a question from the jurors, Wilkinson J. misspoke in describing the appropriate test of causation for second degree murder, by contrasting the high standard of causation for first degree murder with the “slight or trivial cause necessary to find second degree murder”. In my view, these errors, which reflect the difficulty of expressing a standard in the negative, would not have caused the jury to believe that the applicable standard of causation for second degree murder was lower than the *Smithers* standard of “more than a trivial cause”. What the slips in the jury charge do illustrate is the fact that it is easier to express the standard of causation in positive terms, by referring to a “significant” contribution or cause, instead of using the negative phraseology of “beyond *de minimis*” or “more than a slight or trivial cause” in explaining causation to the jury.

87

Given that the jury found the accused guilty of second degree murder, we must conclude that the jury found that the appellant had the requisite intent

micide involontaire coupable et de meurtre. Dans notre pays, on a traditionnellement utilisé la terminologie de l’arrêt *Smithers* pour formuler le critère de causalité applicable, savoir que l’accusé doit avoir contribué à la mort de façon plus que mineure. Notre Cour n’a pas infirmé ce critère dans des arrêts ultérieurs, y compris l’arrêt *Harbottle*.

En l’espèce, l’exposé au jury était entièrement satisfaisant. Le juge du procès a donné au jury des directives sur les éléments constitutifs de l’homicide involontaire coupable, du meurtre au deuxième degré et du meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code criminel*. Au sujet de l’homicide involontaire coupable et du meurtre au deuxième degré, il a dit aux jurés qu’ils devaient conclure que l’accusé avait « contribué d’une façon plus que négligeable » à la mort de M^{me} Loski pour pouvoir conclure qu’il avait causé la mort de cette dernière. Cela reflète essentiellement le critère de causalité énoncé dans l’arrêt *Smithers* et désigne exactement le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré. À deux reprises, dont une fois dans l’exposé principal et l’autre fois en réponse à une question des jurés, le juge Wilkinson a mal décrit le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré en comparant le critère exigeant applicable au meurtre au premier degré à la [TRADUCTION] « cause mineure ou négligeable requise pour conclure au meurtre au deuxième degré ». À mon avis, ces erreurs, qui traduisent la difficulté de formuler un critère sous la forme négative, n’ont pas amené le jury à croire que le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré était moindre que celui de la « cause ayant contribué d’une façon plus que négligeable », établi dans l’arrêt *Smithers*. Les lapsus commis dans l’exposé au jury montrent qu’il est plus facile de formuler le critère de causalité de façon affirmative en parlant d’une contribution ou d’une cause « appréciable », au lieu de recourir à une formule négative comme celle de la « cause ayant contribué d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante » pour l’expliquer au jury.

Étant donné que le jury a déclaré l’accusé coupable de meurtre au deuxième degré, nous devons conclure qu’il a considéré que celui-ci avait eu l’in-

for the offence of murder, namely subjective foresight of death. In light of the jury's conclusion with respect to intent, which in my view could not have been affected by the instructions on causation, it is clear that no reasonable jury could have had any doubt about whether the appellant's actions constituted a significant, operative cause of the victim's death. What is not clear from the verdict is the basis for the acquittal on the charge of first degree murder. The appellant suggests that the jury acquitted on first degree murder because it had a reasonable doubt as to whether the accused caused the victim's death on the *Harbottle* standard of causation, but convicted of second degree murder because it was satisfied the accused caused death on the lower *Smithers* standard. In my view, the conviction for second degree murder was amply supported on the evidence and the jury was correctly charged on the applicable legal requirements of causation. The jury was entitled to have a doubt as to whether the degree of participation of the accused in the underlying offence of unlawful confinement, combined with the need for his substantial contribution to the death of the victim, was sufficient to elevate the murder to first degree. Whatever the jury's reasons for acquitting the appellant of first degree murder, the jury's verdict of second degree murder is unimpeachable.

VII. Conclusion and Disposition

For these reasons, I conclude that the trial judge correctly charged the jury on the applicable standard of causation for second degree murder in expressing the standard as one in which the accused must have been more than an insignificant or trivial cause of the victim's death. There is only one standard of causation for homicide offences, including second degree murder. That standard may be expressed using different terminology, but it remains the standard expressed by this Court in the case of *Smithers*, *supra*. The terminology of substantial cause in *Harbottle* is used to indicate the increased degree of participation in the killing that is required to raise the

tention requise pour l'infraction de meurtre, savoir qu'il y avait eu prévision subjective de la mort de sa part. Vu la conclusion du jury en ce qui a trait à l'intention, conclusion sur laquelle à mon avis les directives sur le lien de causalité n'auraient pas pu avoir d'incidence, il est évident qu'aucun jury raisonnable n'aurait pu douter que les actes de l'appellant constituaient une cause appréciable et véritable de la mort de la victime. C'est le motif de l'acquiescement relatif à l'accusation de meurtre au premier degré qui ne ressort pas clairement du verdict. L'appellant soutient que le jury l'a acquitté de meurtre au premier degré parce qu'il doutait raisonnablement qu'il avait causé la mort de la victime selon le critère de causalité de l'arrêt *Harbottle*, mais qu'il l'a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré parce qu'il était convaincu qu'il avait causé la mort de la victime selon le critère moins exigeant de l'arrêt *Smithers*. À mon avis, la preuve était largement la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et le jury a reçu des directives adéquates sur les exigences juridiques applicables en matière de causalité. Le jury avait le droit de douter que le degré de participation de l'accusé à l'infraction sous-jacente de séquestration, combiné à la nécessité qu'il ait contribué de façon substantielle à la mort de la victime, était suffisant pour qu'il puisse conclure à l'existence du meurtre au premier degré. Quels que soient les motifs pour lesquels le jury a acquitté l'appellant relativement à l'accusation de meurtre au premier degré, son verdict de meurtre au deuxième degré est inattaquable.

VII. Conclusion et dispositif

Pour ces raisons, je conclus que le juge du procès a donné au jury des directives adéquates sur le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré, lorsqu'il a dit qu'il s'agissait de déterminer si l'accusé avait contribué d'une façon plus qu'insignifiante ou négligeable à la mort de la victime. Un seul critère de causalité s'applique aux infractions d'homicide, y compris le meurtre au deuxième degré. Ce critère peut être formulé de différentes façons, mais il n'en demeure pas moins le critère que notre Cour a énoncé dans l'arrêt *Smithers*, précité. L'expression « cause substantielle » que l'on trouve dans l'arrêt *Harbottle* sert à indiquer le degré

accused's culpability to first degree murder under s. 231(5) of the *Code*. *Harbottle* did not raise the standard of causation that applies to all homicide offences from the standard expressed in *Smithers*.

accru de participation au meurtre qui est requis pour que l'on puisse déclarer l'accusé coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5) du *Code*. L'arrêt *Harbottle* n'a pas rendu le critère de causalité qui s'applique à toutes les infractions d'homicide plus exigeant que celui qui a été énoncé dans l'arrêt *Smithers*.

89

As is clear from the above, I also agree with Braidwood J.A. and McEachern C.J.B.C. in the Court of Appeal that telling the jury that the standard of causation for second degree murder was one of "substantial cause" instead of "more than a trivial cause" would not have altered the result in the present case. I would dismiss the appeal and uphold the jury's verdict of second degree murder.

Comme le démontre clairement ce qui précède, je conviens également avec le juge Braidwood et le juge en chef McEachern de la Cour d'appel que, si on avait dit au jury que le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré était celui de la « cause substantielle » au lieu de celui de la « cause ayant contribué d'une façon plus que négligeable », cela n'aurait pas modifié le résultat en l'espèce. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le verdict de meurtre au deuxième degré prononcé par le jury.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellant: Gil D. McKinnon and Keith Hamilton, Vancouver.

Procureurs de l'appelant : Gil D. McKinnon et Keith Hamilton, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'intervenant : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Mary Francis Cooper *Appellant*

v.

Robert J. Hobart and Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, Her Majesty the Queen in right of Alberta, the Minister of Justice and the Attorney General for Alberta, the British Columbia Securities Commission, the Ontario Securities Commission, and the Alberta Securities Commission *Interveners*

INDEXED AS: COOPER v. HOBART

Neutral citation: 2001 SCC 79.

File No.: 27880.

2001: June 20; 2001: November 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Duty of care — Statutory regulators — Registrar of mortgage brokers — Registered mortgage broker using funds for unauthorized purposes — Investors alleging that losses would have been avoided or diminished if Registrar had acted sooner to suspend broker's licence — Whether Registrar owed private law duty of care to members of investing public giving rise to liability in negligence for economic losses that investors sustained — Role of policy concerns in determining scope of liability for negligence.

In October 1997, the Registrar of Mortgage Brokers, a statutory regulator, suspended a registered mortgage broker's licence and issued a freeze order in respect of its

Mary Francis Cooper *Appelante*

c.

Robert J. Hobart et Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, le ministre de la Justice et le procureur général de l'Alberta, la British Columbia Securities Commission, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et l'Alberta Securities Commission *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : COOPER c. HOBART

Référence neutre : 2001 CSC 79.

N° du greffe : 27880.

2001 : 20 juin; 2001 : 16 novembre.

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

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Organismes de réglementation — Registrateur des courtiers en hypothèques — Courtier en hypothèques inscrit utilisant des fonds à des fins non autorisées — Investisseurs alléguant que les pertes subies auraient été évitées ou réduites si le registrateur avait agi plus tôt pour suspendre le permis du courtier — Le droit privé impose-t-il au registrateur une obligation de diligence à l'égard des investisseurs mettant en cause sa responsabilité pour négligence quant aux pertes financières qu'ils ont subies? — Rôle des considérations de politique dans la détermination de l'étendue de la responsabilité pour négligence.

En octobre 1997, le registrateur des courtiers en hypothèques, un organisme de réglementation créé par la loi, a suspendu le permis de courtage en hypothèques d'un

assets because funds provided by investors were allegedly used by the broker for unauthorized purposes. The appellant, one of over 3,000 investors who advanced money to the broker, brought an action against the Registrar alleging that he breached the duty of care that he owed to the appellant and other investors. The appellant asserted that by August 1996 the Registrar was aware of serious violations of the B.C. *Mortgage Brokers Act* committed by the broker and should have acted earlier to suspend its licence and to notify the investors that the broker was under investigation. According to the appellant, if the Registrar had acted more promptly, the losses suffered by the investors would have been avoided or diminished. The appellant applied to have the action certified as a class proceeding. The trial judge concluded that the pleadings disclosed a cause of action in negligence and that the plaintiffs should be permitted to bring a class action. The Court of Appeal reversed the trial judge's decision, holding that the pleadings did not disclose a cause of action against the Registrar.

Held: The appeal should be dismissed. The Registrar did not owe a duty of care to investors.

In assessing whether a duty of care should be imposed, the approach set out in *Anns* is still appropriate in the Canadian context. Different types of policy considerations are involved at each stage of *Anns*. At the first stage, the question is whether the circumstances disclose reasonably foreseeable harm and proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. The proximity analysis focuses on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant, including broad considerations of policy. The starting point for the proximity analysis is to determine whether there are analogous categories of cases in which proximity has previously been identified. If no such cases exist, the question then becomes whether a new duty of care should be recognized in the circumstances. In order to recognize a new duty of care, mere foreseeability is not enough. The plaintiff must show proximity — that the defendant was in a close and direct relationship to him or her such that it is just to impose a duty of care in the circumstances. The factors which may satisfy the requirement of proximity are diverse and depend on the circumstances of the case. They must be grounded in the governing statute when there is one.

courtier et a rendu une ordonnance bloquant ses actifs parce que les fonds des investisseurs auraient été utilisés par le courtier à des fins non autorisées. L'appelante, qui figurait parmi plus de 3000 investisseurs ayant avancé des fonds au courtier, a intenté une action contre le registrateur, alléguant qu'il avait manqué à l'obligation de diligence qu'il aurait eue envers elle et les autres investisseurs. L'appelante a affirmé que le registrateur savait depuis août 1996 que le courtier avait commis des infractions graves à la *Mortgage Brokers Act* de la C.-B. et aurait dû agir plus tôt pour suspendre son permis et avertir les investisseurs du fait qu'il faisait enquête au sujet du courtier. Selon l'appelante, si le registrateur avait agi plus rapidement, les pertes subies par les investisseurs auraient été évitées ou réduites. L'appelante a demandé l'autorisation d'engager l'action en tant que recours collectif. Le juge de première instance a conclu que les actes de procédure révélaient une cause d'action en négligence et qu'il fallait permettre aux demandeurs d'intenter un recours collectif. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance, estimant que les actes de procédure ne révélaient pas une cause d'action contre le registrateur.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Le registrateur n'a pas d'obligation de diligence envers les investisseurs.

Pour répondre à la question de savoir si on devrait imposer une obligation de diligence, la méthode établie dans l'arrêt *Anns* convient toujours dans le contexte canadien. Des types de considération de politique différents s'appliquent à chaque étape de l'arrêt *Anns*. À la première étape, il s'agit de déterminer si les circonstances dévoilent un préjudice raisonnablement prévisible et un lien de proximité suffisamment étroit pour établir une obligation de diligence *prima facie*. L'analyse relative à la proximité met l'accent sur les facteurs découlant du lien entre le demandeur et le défendeur, notamment des considérations de politique générales. Le point de départ de l'analyse relative à la proximité consiste à établir s'il existe des catégories analogues d'affaires où l'existence d'un lien étroit a été reconnu. En l'absence de telles décisions, il s'agit de déterminer s'il y a lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence dans les circonstances de l'espèce. Pour reconnaître l'existence d'une nouvelle obligation de diligence, la simple prévisibilité ne suffit pas. Le demandeur doit prouver l'existence d'un lien étroit — que le défendeur avait avec lui une relation à ce point étroite et directe qu'il est juste de lui imposer une obligation de diligence dans les circonstances. Les facteurs susceptibles de satisfaire à l'exigence de proximité sont variés et dépendent des circonstances de l'affaire. Ils doivent être fondés sur la loi applicable le cas échéant.

If the plaintiff is successful in establishing a *prima facie* duty of care, the question at the second stage is whether there exist residual policy considerations which justify denying liability. These are not concerned with the relationship between the parties, but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally. The second stage of *Anns* will seldom arise, as questions of liability will be determined primarily by reference to established and analogous categories of recovery. Where a duty of care in a novel situation is alleged, it is necessary to consider the second stage of the *Anns* test.

Here, the circumstances do not disclose proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. This case does not fall within, nor is it analogous to, a category of cases in which a duty of care has previously been recognized. Furthermore, this is not a situation in which a new duty of care should be recognized. The *Mortgage Brokers Act* does not impose on the Registrar a duty of care to investors with mortgage brokers regulated by the Act. The regulatory scheme governing mortgage brokers provides a general framework to ensure the efficient operation of the mortgage marketplace. Even though to some degree the provisions of the Act serve to protect the interests of investors, the overall scheme of the Act mandates that the Registrar's duty of care is not owed to investors exclusively but to the public as a whole. Accordingly, although in this case the Registrar might reasonably have foreseen that losses to investors would result if he were careless in carrying out his duties under the Act, there was insufficient proximity between the Registrar and the investors to ground a *prima facie* duty of care.

Even if a *prima facie* duty of care had been established under the first branch of the *Anns* test, it would have been negated at the second stage for overriding policy reasons. The decision of whether to suspend a broker involves both policy and quasi-judicial elements. The *prima facie* duty of care is also negated on the basis of the distinction between government policy and the execution of policy. Further, the spectre of indeterminate liability would loom large if a duty of care were recognized as between the Registrar and investors in this case. Finally, to impose a

Si le demandeur réussit à établir à une obligation de diligence *prima facie* la question à la deuxième étape est de savoir s'il existe des considérations de politique résiduelles qui justifient l'annulation de la responsabilité. Ces considérations ne portent pas sur le lien existant entre les parties, mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général. La deuxième étape de l'arrêt *Anns* se présente rarement, car les questions de responsabilité sont déterminées essentiellement en fonction des catégories d'indemnisation établies et de catégories analogues. Lorsqu'une obligation de diligence dans un cas nouveau est invoquée, il est nécessaire de procéder à la deuxième étape du critère de l'arrêt *Anns*.

En l'espèce, les circonstances ne révèlent pas l'existence d'une proximité suffisante pour établir une obligation de diligence *prima facie*. L'affaire ne relève pas d'une catégorie de cas et n'est pas analogue à une catégorie de cas, où une obligation de diligence a déjà été reconnue. Il ne s'agit pas non plus d'une situation où il faut reconnaître l'existence d'une nouvelle obligation de diligence. La *Mortgage Brokers Act* n'impose pas une obligation de diligence au registraire envers ceux qui investissent auprès des courtiers en hypothèques dont elle régit les activités. Le régime de réglementation régissant les activités des courtiers en hypothèques fournit un cadre général visant à garantir le fonctionnement efficace du marché des hypothèques. Même si, dans une certaine mesure, les dispositions de la Loi servent à protéger les intérêts des investisseurs, l'économie globale de la Loi prescrit que le registraire n'a pas une obligation de diligence uniquement envers les investisseurs, mais également envers le public dans son ensemble. En conséquence, même si en l'espèce, le registraire avait raisonnablement pu prévoir que les investisseurs subiraient des pertes s'il était négligent dans l'exercice des fonctions que la Loi lui attribue, le registraire et les investisseurs n'étaient pas dans une situation de proximité suffisante pour fonder une obligation de diligence *prima facie*.

Même si une obligation de diligence *prima facie* avait été établie dans le cadre du premier volet du critère de l'arrêt *Anns*, elle aurait été écartée à la deuxième étape pour des raisons de politique générale supérieures. La décision de suspendre ou non l'inscription d'un courtier comporte des éléments de politique et des éléments d'ordre quasi judiciaire. L'obligation de diligence *prima facie* est également écartée en raison de la distinction entre la politique de gouvernement et l'application de cette politique. En outre, le risque de

duty of care in these circumstances would be effectively to create an insurance scheme for investors at great cost to the taxpaying public.

Cases Cited

Considered: *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; **referred to:** *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Endean v. Canadian Red Cross Society* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 90; *Dorman Timber Ltd. v. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 230; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175; *Davis v. Radcliffe*, [1990] 2 All E.R. 536; *Alcock v. Chief Constable of the South Yorkshire Police*, [1991] 4 All E.R. 907; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4.
Mortgage Brokers Act, R.S.B.C. 1996, c. 313, ss. 4, 5, 6, 7, 8, 14, 20.

Authors Cited

Street, Harry. *The Law of Torts*, 6th ed. London: Butterworths, 1976.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 184 D.L.R. (4th) 287, [2000] 6 W.W.R. 8, 135 B.C.A.C. 266, 75 B.C.L.R. (3d) 54, 49 C.C.L.T. (2d) 148, [2000] B.C.J. No. 426 (QL), 2000 BCCA 151, allowing the respondents' appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 274, [1999] B.C.J. No. 690 (QL). Appeal dismissed.

responsabilité indéterminée serait grandement à craindre si on reconnaissait que le registraire a une obligation de diligence envers les investisseurs en l'espèce. Finalement, le fait d'imposer une obligation de diligence dans ces circonstances reviendrait en fait à créer au bénéfice des investisseurs un régime d'assurance fort coûteux pour les contribuables.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; **arrêts mentionnés :** *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Endean c. Canadian Red Cross Society* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 90; *Dorman Timber Ltd. c. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 230; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Nova Mink Ltd. c. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; *Yuen Kun Yeu c. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175; *Davis c. Radcliffe*, [1990] 2 All E.R. 536; *Alcock c. Chief Constable of the South Yorkshire Police*, [1991] 4 All E.R. 907; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80.

Lois et règlements cités

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4.
Mortgage Brokers Act, R.S.B.C. 1996, ch. 313, art. 4, 5, 6, 7, 8, 14, 20.

Doctrine citée

Street, Harry. *The Law of Torts*, 6th ed. London: Butterworths, 1976.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 184 D.L.R. (4th) 287, [2000] 6 W.W.R. 8, 135 B.C.A.C. 266, 75 B.C.L.R. (3d) 54, 49 C.C.L.T. (2d) 148, [2000] B.C.J. No. 426 (QL), 2000 BCCA 151, qui a accueilli l'appel des intimés à l'encontre d'une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 274, [1999] B.C.J. No. 690 (QL). Pourvoi rejeté.

David P. Church, Andrew J. Pearson and Ian G. Schildt, for the appellant.

D. Clifton Prowse, Karen Horsman and Keith L. Johnston, for the respondents.

Donald J. Rennie, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sara Blake, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Written submissions only by *Cedric L. Haines, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Tim Hurlburt, for the interveners Her Majesty the Queen in right of Alberta and the Minister of Justice and Attorney General for Alberta.

James A. Sasha Angus and Lorne Herlin, for the intervener the British Columbia Securities Commission.

Neil Finkelstein and Johanna M. Superina, for the interveners the Ontario Securities Commission and the Alberta Securities Commission.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. —

The present appeal revisits the *Anns* test (from *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)) and, in particular, highlights and hones the role of policy concerns in determining the scope of liability for negligence. The appellant is an investor who alleges that the Registrar of Mortgage Brokers, a statutory regulator, is liable in negligence for failing to oversee the conduct of an investment company which the Registrar licensed. The question is whether the Registrar owes a private law duty of care to members of the investing public giving rise to liability in negligence for economic losses that the investors sustained. Such a duty of care is as yet unrecognized by Canadian courts. For the reasons that follow, we find that this is not a proper case in which to recognize a new duty of care.

David P. Church, Andrew J. Pearson et Ian G. Schildt, pour l'appelante.

D. Clifton Prowse, Karen Horsman et Keith L. Johnston, pour les intimés.

Donald J. Rennie, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sara Blake, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Cedric L. Haines, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Tim Hurlburt, pour les intervenants Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta.

James A. Sasha Angus et Lorne Herlin, pour l'intervenante la British Columbia Securities Commission.

Neil Finkelstein et Johanna M. Superina, pour les intervenantes la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et l'Alberta Securities Commission.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR —

Le présent pourvoi réexamine le critère établi dans l'arrêt *Anns* (*Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)), et, en particulier, il met en évidence et précise le rôle des considérations de politique dans la détermination de l'étendue de la responsabilité pour négligence. L'appelante est un investisseur qui allègue que le registraire des courtiers en hypothèques (*Registrar of Mortgage Brokers*), un organisme de réglementation créé par la loi, est responsable de négligence pour avoir omis de surveiller la conduite d'une société de placement collectif à laquelle il a délivré un permis. La question est de savoir si le droit privé impose au registraire une obligation de diligence à l'égard des investisseurs mettant en cause sa responsabilité pour négligence quant aux pertes financières qu'ils ont subies. Jusqu'à présent, les tribunaux canadiens

In the course of these reasons, we attempt to clarify the distinctive policy considerations which impact each stage of the *Anns* analysis.

I. Facts

2 Eron Mortgage Corporation (“Eron”) was registered as a mortgage broker under the *Mortgage Brokers Act*, R.S.B.C. 1996, c. 313 (“the Act”), from early 1993 until 1997. On October 3, 1997, the respondent, Robert J. Hobart, in his capacity as the Registrar under the Act, suspended Eron’s mortgage broker’s licence and issued a freeze order in respect of its assets.

3 Eron acted as a mortgage broker for large syndicated loans. It arranged for numerous lenders (or investors) to pool their funds for the purpose of making a single loan to a borrower, which was typically a developer of commercial real estate. The syndicated loans were made in the name of Eron or one of its related companies, which held the security in trust for the investors.

4 It is alleged that the funds provided by the investors were used by Eron for several unauthorized purposes, such as funding interest payments on other non-performing mortgages and paying for personal items for the benefit of the principals of Eron. It is currently estimated that \$222 million is outstanding to the investors on these loans. Investors will likely realize only \$40 million from the security taken from the loans, leaving a shortfall of \$182 million.

5 Soon after Eron’s mortgage licence was suspended, it went out of business. The appellant Mary Francis Cooper (“Cooper”), one of over 3000 investors who advanced money to Eron, brought an action against the Registrar. The Statement of Claim alleged that the Registrar breached the duty

n’ont pas reconnu l’existence d’une telle obligation de diligence. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la présente affaire ne se prête pas à la reconnaissance d’une nouvelle obligation de diligence. Au cours des présents motifs, nous tentons de clarifier les considérations de politique particulières qui marquent chaque étape de l’analyse faite dans l’arrêt *Anns*.

I. Les faits

Eron Mortgage Corporation (« Eron ») a été inscrite à titre de courtier en hypothèques en vertu de la *Mortgage Brokers Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 313 (« la Loi ») du début de 1993 jusqu’en 1997. Le 3 octobre 1997, l’intimé Robert J. Hobart, en sa qualité de registrateur en vertu de la Loi, a suspendu le permis de courtage en hypothèques d’Eron et a rendu une ordonnance bloquant ses actifs.

Eron agissait en tant que courtier en hypothèques dans le cadre de prêts consortiaux importants. Elle réunissait de nombreux prêteurs (ou investisseurs) qui mettaient leurs fonds en commun pour consentir un prêt unique à un emprunteur, qui était généralement un promoteur immobilier spécialisé dans le secteur commercial. Ces prêts consortiaux étaient consentis au nom d’Eron ou de l’une de ses sociétés liées, qui détenaient les garanties en fiducie pour les investisseurs.

Il est allégué qu’Eron a utilisé les fonds des investisseurs à des fins non autorisées, comme le financement de versements d’intérêts relatifs à des hypothèques non rentables et le paiement d’articles personnels au profit de ses administrateurs. On estime actuellement qu’un montant de 222 millions de dollars est toujours dû aux investisseurs sur ces prêts. Les investisseurs ne recouvreront probablement que 40 millions de dollars des garanties consenties sur ces prêts, ce qui laisse une perte de 182 millions de dollars.

Peu après la suspension de son permis, Eron a cessé ses activités. L’appelante Mary Francis Cooper (« Cooper »), qui figurait parmi plus de 3000 investisseurs ayant avancé des fonds à Eron, a intenté une action contre le registrateur. Elle alléguait dans sa déclaration que le registrateur avait

of care that he allegedly owed to the appellant and other investors. The appellant asserted that by August 28, 1996, the Registrar was aware of serious violations of the Act committed by Eron but that he failed to suspend Eron's mortgage broker's licence until October 3, 1997 and failed to notify investors that Eron was under investigation by the Registrar's office. According to the appellant, if the Registrar had taken steps to suspend or cancel Eron's mortgage broker's licence at an earlier date, the losses suffered by the investors would have been avoided or diminished.

The appellant applied to have the action certified as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. Pursuant to s. 4(1)(a), in order to certify an action as a class proceeding, a court must first determine whether the pleadings disclose a cause of action. The cause of action alleged in the Statement of Claim is negligence which requires, among other things, that a duty of care in tort law be owed by the Registrar to the appellant investor. Therefore, the question was whether the Registrar of Mortgage Brokers, a statutory regulator, owes a private law duty of care to members of the investing public for alleged negligence in failing to properly oversee the conduct of an investment company licensed by the regulator.

II. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 274

Tysoe J. held that the plaintiffs should be permitted to bring a class action. He applied the test cited in *Endean v. Canadian Red Cross Society* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 90 (C.A.) that unless it is plain and obvious that no reasonable cause of action is disclosed, the plaintiff will have met the requirement set out in s. 4(1)(a) of the *Class Proceedings Act* that there is a cause of action.

manqué à l'obligation de diligence qu'il aurait eu envers elle et les autres investisseurs. L'appelante a affirmé que le registrateur savait depuis le 28 août 1996 qu'Eron avait commis des infractions graves à la Loi, mais qu'il avait attendu jusqu'au 3 octobre 1997 avant de suspendre son permis de courtier en hypothèques et qu'il n'avait pas averti les investisseurs du fait que son bureau faisait enquête à son sujet. Selon l'appelante, si le registrateur avait pris plus tôt les dispositions nécessaires pour suspendre ou annuler le permis de courtage en hypothèques d'Eron, les pertes subies par les investisseurs auraient été évitées ou réduites.

L'appelante a demandé l'autorisation d'engager l'action en tant que recours collectif en vertu de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50. En vertu de l'al. 4(1)a), pour autoriser qu'une action soit engagée en tant que recours collectif, le tribunal doit d'abord vérifier si les actes de procédure révèlent une cause d'action. La cause d'action alléguée dans la déclaration est la négligence, ce qui exige notamment que le registrateur ait une obligation de diligence envers l'appelante investisseur en vertu du droit de la responsabilité délictuelle. La question était donc de savoir si le registrateur des courtiers en hypothèques, un organisme de réglementation créé par la Loi qui délivre un permis à une société de placement collectif a, envers les investisseurs, en vertu du droit privé, une obligation de diligence telle que s'il est conclu qu'il a omis de surveiller correctement les activités de la société, sa responsabilité soit engagée pour négligence.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 274

Le juge Tysoe a conclu qu'il fallait permettre aux demandeurs d'intenter un recours collectif. Il a appliqué le critère cité dans l'arrêt *Endean c. Canadian Red Cross Society* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 90 (C.A.), selon lequel le demandeur satisfait à l'exigence de cause d'action que prévoit l'al. 4(1)(a) de la *Class Proceedings Act* à moins qu'il soit manifeste qu'il n'y a aucune cause d'action raisonnable.

8

In determining whether there was clearly no cause of action, the trial judge turned to the test set out by the House of Lords in *Anns* as restated by the British Columbia Court of Appeal in *Dorman Timber Ltd. v. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 230, at p. 247:

- (a) Should the defendant have foreseen that damage was likely to result from the negligent actions? If yes, then there is a *prima facie* duty of care.
- (b) Are there any considerations which would negative or limit the *prima facie* duty of care?

9

The trial judge answered the first question in the affirmative, as the Registrar would have reasonably contemplated that carelessness on his part was likely to cause damage to the plaintiff, a person dealing with a mortgage broker. He went on to answer the second question in the negative, holding that there were no considerations negating or limiting the *prima facie* duty of care on the basis of four sub-questions:

- i) Was the defendant's action the result of a policy decision of a public body?
- ii) Is the defendant protected by statute or the common law?
- iii) Is the defendant exempted from liability by a 'good faith' clause in a statute?
- iv) Is the relationship between the parties so distant and tenuous, or is the plaintiff unknown to the defendant, so that it can be said that to impose liability would be unjust?

10

The trial judge found that, in order to answer the first three sub-questions, an appreciation of the "full factual matrix" would be required. Therefore, a trial was needed. The fourth sub-question raised the potential problem of indeterminate liability. The trial judge stated that the prospect of indeterminate liability should negative the *prima facie* duty of care

Pour déterminer s'il était manifeste qu'il n'y avait aucune cause d'action, le juge de première instance a appliqué le critère que la Chambre des lords a énoncé dans *Anns*, précité, et que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a repris dans l'arrêt *Dorman Timber Ltd. c. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 230, p. 247 :

[TRADUCTION]

- (a) La partie défenderesse aurait-elle dû prévoir que l'acte négligent causerait vraisemblablement des dommages? Dans l'affirmative, il existe une obligation de diligence *prima facie*.
- (b) Existe-t-il des motifs d'écarter ou de restreindre cette obligation de diligence *prima facie*?

Le juge de première instance a répondu par l'affirmative à la première question au motif que le registrateur aurait raisonnablement pu prévoir qu'un manque de diligence de sa part était susceptible de causer des dommages à la demanderesse, une personne faisant affaire avec un courtier en hypothèques. Il a répondu ensuite par la négative à la deuxième question, concluant que rien n'écarterait ni ne restreignait l'obligation de diligence *prima facie*, et, pour ce faire, il s'est fondé sur les quatre sous-questions suivantes :

[TRADUCTION]

- i) L'acte du défendeur découlait-il d'une décision de politique générale d'un organisme public?
- ii) Le défendeur est-il protégé par une loi ou par la common law?
- iii) Le défendeur est-il exonéré de toute responsabilité en raison d'une disposition relative à la « bonne foi » prévue dans une loi?
- iv) Le lien entre les parties est-il lointain et ténu, ou le demandeur est-il inconnu du défendeur, au point que l'on puisse dire qu'il serait injuste d'imposer la responsabilité?

Le juge de première instance a conclu que pour répondre aux trois premières sous-questions, il fallait apprécier [TRADUCTION] « l'ensemble du cadre factuel ». Il fallait donc un procès. La quatrième sous-question soulevait potentiellement le problème de la responsabilité indéterminée. Le juge de première instance a affirmé que la perspective

unless it is determined that one of the purposes of the Legislature in enacting the Act was to protect a class of persons, of which the plaintiff is a member. He concluded that it was not plain and obvious that the Legislature did not intend to create a private law duty of care owed by the Registrar in favour of investors dealing with mortgage brokers. In reaching this conclusion, the trial judge referred to various powers and duties of the Registrar which suggested that the Act was intended to protect investors.

The trial judge concluded that the pleadings disclosed a cause of action. On June 10, 1999, he certified the action as a class proceeding and stayed the third party proceedings until the conclusion of the trial on the common issues.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 54, 2000 BCCA 151

The Court of Appeal reversed the trial judge's decision, holding that the pleadings did not disclose a cause of action against the Registrar.

(1) Newbury J.A. (Southin J.A. concurring)

Newbury J.A. for the majority considered the *Ans* test as it was applied by the Supreme Court of Canada in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. First, "is there a 'sufficient relationship of proximity or neighbourhood' such that, in the reasonable contemplation of the Registrar, carelessness on his part might be likely to cause damage to the latter; and if so, are there considerations that ought to negative, reduce or limit the scope of the duty or the class of persons to whom it is owed or the damages to which it may give rise?" (para. 32)

de la responsabilité indéterminée devait permettre d'écarter l'obligation de diligence *prima facie* à moins qu'il soit établi qu'en adoptant la Loi, le législateur visait notamment à protéger une catégorie de personnes, dont la demanderesse fait partie. Il a conclu qu'il n'était pas manifeste que le législateur n'avait pas voulu que le registrateur ait en droit privé une obligation de diligence à l'égard des investisseurs faisant affaire avec des courtiers en hypothèques. Pour tirer cette conclusion, le juge de première instance a renvoyé aux différents pouvoirs et obligations du registrateur qui indiquaient que la Loi visait à protéger les investisseurs.

Le juge de première instance a conclu que les actes de procédure révélaient une cause d'action. Le 10 juin 1999, il a autorisé la poursuite à titre de recours collectif et il a suspendu les procédures intentées par les tiers jusqu'à ce que l'issue du procès soit connue sur les questions communes.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 54, 2000 BCCA 151

La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance, estimant que les actes de procédure ne révélaient pas une cause d'action contre le registrateur.

(1) Le juge Newbury (avec l'appui du juge Southin)

S'exprimant au nom de la majorité, madame le juge Newbury a examiné de quelle façon la Cour suprême du Canada a appliqué dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, le critère établi dans l'arrêt *Ans*. Premièrement, [TRADUCTION] « y a-t-il un rapport de "proximité suffisant ou un lien suffisamment étroit" pour que le registrateur ait pu raisonnablement prévoir qu'un manque de diligence de sa part pourrait causer des dommages à la demanderesse; dans l'affirmative, existe-t-il des motifs d'écarter l'obligation ou d'en restreindre la portée, de limiter le groupe des personnes qui peuvent s'en réclamer ou les dommages-intérêts auxquels son inexécution peut donner lieu? » (par. 32)

11

12

13

14 Under the first branch of the *Anns/Kamloops* test, Newbury J.A. was not satisfied that the test for a *prima facie* duty of care was met. Even though the Registrar might reasonably have foreseen that losses to investors would result if he was careless in carrying out his duties under the Act, it cannot be said that there was a sufficiently close relationship between the parties. In fact, according to Newbury J.A., there was “no ‘relationship’” between the plaintiff Cooper and the Registrar as the plaintiff was not even aware of the Registrar’s existence.

15 Newbury J.A. turned to the second branch of the *Anns/Kamloops* test in the event that she erred on the first branch of the test. She concluded that there are substantial factors that militate against finding a duty of care in this case. Specifically, the statutory scheme was not intended to create a private law duty of care owed by the Registrar to investors. If it were otherwise, the potential liability would be virtually indeterminate given that the Act imposed no limit on, and the Registrar had no means of controlling, the number of persons who could invest or lend money via a mortgage broker or the amount of money that could be advanced.

(2) Huddart J.A.

16 While Huddart J.A. agreed with the result reached by Newbury J.A., she approached the conclusion from a slightly different perspective. The starting point for her analysis was the nature of the Registrar’s office, an office created and defined by statute.

17 The Registrar’s responsibilities under the Act require him to make difficult discretionary decisions in the public interest. The public interest is not synonymous with the interest of investors. The Registrar’s decisions must be “multi-factorial”, taking into account various interests.

Eu égard au premier volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, le juge Newbury n’était pas convaincue que l’on avait établi l’existence d’une obligation de diligence *prima facie*. Même si le registrateur avait raisonnablement pu prévoir que des investisseurs auraient pu perdre de l’argent s’il avait manqué de diligence dans l’exercice des fonctions dont le charge la Loi, on ne peut pas dire qu’il y avait un rapport suffisamment étroit entre les parties. En fait, selon le juge Newbury, il n’y avait [TRADUCTION] « aucun “rapport” » entre la demanderesse Cooper et le registrateur puisque la demanderesse ne connaissait même pas l’existence de ce dernier.

Le juge Newbury a examiné ensuite le deuxième volet du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, dans l’hypothèse où elle aurait commis une erreur quant au premier volet. Elle a estimé que des facteurs importants l’empêchaient de conclure à l’existence d’une obligation de diligence en l’espèce. En particulier, le régime de la Loi ne visait pas à imposer en droit privé au registrateur une obligation de diligence envers les investisseurs. S’il en était autrement, la responsabilité potentielle du registrateur serait pratiquement indéterminée étant donné que la Loi ne limite pas, et que le registrateur n’est pas en mesure de contrôler, le nombre de personnes susceptibles d’investir ou de prêter de l’argent par l’entremise d’un courtier en hypothèques ni le montant d’argent avancé.

(2) Le juge Huddart

Bien que madame le juge Huddart ait été d’accord avec la conclusion tirée par le juge Newbury, son raisonnement adopte un point de vue légèrement différent. Elle a pris comme point de départ de son analyse la nature des fonctions du registrateur, fonctions qui ont été créées et définies par la loi.

Les responsabilités que la Loi confère au registrateur exigent de lui qu’il prenne des décisions discrétionnaires difficiles dans l’intérêt public. L’intérêt public ne signifie pas nécessairement l’intérêt des investisseurs. Les décisions du registrateur doivent être « multifactorielles » et prendre en considération différents intérêts.

The question to be answered was whether the Act itself indicates that the taxpayers through their elected representatives agreed to be responsible for private loss to persons in the situation of the investors. Huddart J.A. could not find that intention in the Act, particularly in the face of s. 20 which precludes an action against the Registrar for the performance of duties under the Act or Regulations “unless it was done in bad faith” (para. 82).

Huddart J.A. concluded that the only duty that the Registrar owed to the plaintiff Cooper was the duty to exercise due care in ascertaining the scope of his authority (from *Comeau’s Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, at paras. 52-54). He interpreted his statutory authority correctly.

III. Issue

Does a statutory regulator owe a private law duty of care to members of the investing public for (alleged) negligence in failing to properly oversee the conduct of an investment company licensed by the regulator?

IV. Analysis

Canadian courts have not thus far recognized the duty of care that the appellants allege in this case. The question is therefore whether the law of negligence should be extended to reach this situation. While the particular extension sought is novel, the more general issue of how far the principles of liability for negligence should be extended is a familiar one, and one with which this Court and others have repeatedly grappled since Lord Atkin enunciated the negligence principle in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), almost 70 years ago. That case introduced the principle that a person could be held liable only for reasonably foreseeable harm. But it also anticipated that not all reasonably foreseeable harm might be caught. This posed the issue with which courts still struggle today: to what

La question à trancher était de savoir si la Loi même donnait à penser que les contribuables, par l’entremise de leurs représentants élus, avaient accepté d’être responsables pour les pertes privées subies par des personnes se trouvant dans la situation des investisseurs. Le juge Huddart n’a pu trouver cette intention dans la Loi, particulièrement à la lumière de l’art. 20, qui interdit toute action contre le registrateur pour l’exercice des fonctions que lui confère la Loi ou le règlement, [TRADUCTION] « sauf s’il a agi de mauvaise foi » (par. 82).

Le juge Huddart a conclu que le registrateur n’avait pas d’autre obligation envers la demanderesse Cooper que l’obligation de faire preuve de diligence en vérifiant la portée de ses pouvoirs (extrait tiré de *Comeau’s Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, par. 52-54). Le registrateur a interprété correctement le pouvoir qui lui a été conféré par la Loi.

III. La question en litige

Lorsqu’un organisme de réglementation créé par la loi délivre un permis à une société de placement collectif, cet organisme a-t-il, envers les investisseurs, en vertu du droit privé, une obligation de diligence engageant sa responsabilité pour négligence s’il omet de surveiller correctement les activités de la société?

IV. Analyse

Jusqu’à présent, les tribunaux canadiens n’ont pas reconnu l’existence de l’obligation de diligence que les appelants allèguent en l’espèce. La question est donc de savoir s’il faut étendre la responsabilité pour négligence à cette situation. Bien que l’extension particulière demandée soit nouvelle, la question plus générale de savoir jusqu’où il faut étendre la portée des principes de la responsabilité pour négligence est une question familière que notre Cour et d’autres tribunaux ont décortiquée à de nombreuses reprises depuis que lord Atkin a énoncé le principe de négligence dans *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), il y a presque 70 ans. Cet arrêt a introduit le principe selon lequel une personne ne peut être tenue responsable que du préjudice raisonnablement prévisible. Mais il

18

19

20

21

situations does the law of negligence extend? This case, like so many of its predecessors, may thus be seen as but a gloss on the case of *Donoghue v. Stevenson*.

prévoyait également que les préjudices raisonnablement prévisibles ne seraient pas tous pris en compte. Cela a suscité la question avec laquelle les tribunaux sont encore aux prises aujourd'hui : quelles sont les limites d'application de la responsabilité pour négligence? La présente affaire, comme tant d'affaires qui l'ont précédée, ne peut donc être considérée que comme une interprétation de l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*.

22 In *Donoghue v. Stevenson* the House of Lords revolutionized the common law by replacing the old categories of tort recovery with a single comprehensive principle — the negligence principle. Henceforward, liability would lie for negligence in circumstances where a reasonable person would have viewed the harm as foreseeable. However, foreseeability alone was not enough; there must also be a close and direct relationship of proximity or neighbourhood.

Dans *Donoghue c. Stevenson*, la Chambre des lords a révolutionné la common law en remplaçant les anciennes catégories de l'indemnisation en matière délictuelle par un seul principe global, le principe de négligence. Depuis ce moment-là, il y a responsabilité pour négligence dans les cas de prévisibilité raisonnable du préjudice. Toutefois, la prévisibilité ne suffit pas à elle seule; il doit aussi y avoir proximité ou un lien étroit et direct.

23 But what is proximity? For the most part, lawyers apply the law of negligence on the basis of categories as to which proximity has been recognized in the past. However, as Lord Atkin declared in *Donoghue v. Stevenson*, the categories of negligence are not closed. Where new cases arise, we must search elsewhere for assistance in determining whether, in addition to disclosing foreseeability, the circumstances disclose sufficient proximity to justify the imposition of liability for negligence.

Mais, qu'est-ce que la proximité? Dans la plupart des cas, les avocats appliquent le droit relatif à la négligence en fonction de catégories pour lesquelles il y a eu reconnaissance de l'existence d'un lien étroit dans le passé. Cependant, comme lord Atkin l'a déclaré dans *Donoghue c. Stevenson*, les catégories de négligence ne sont pas en nombre limité. Lorsque des cas nouveaux se présentent, nous devons chercher ailleurs ce qui nous aidera à déterminer si, en plus de la prévisibilité, les circonstances laissent voir une proximité suffisante justifiant l'imposition de la responsabilité pour négligence.

24 In *Anns, supra*, at pp. 751-52, the House of Lords, per Lord Wilberforce, said that a duty of care required a finding of proximity sufficient to create a *prima facie* duty of care, followed by consideration of whether there were any factors negating that duty of care. This Court has repeatedly affirmed that approach as appropriate in the Canadian context.

Dans *Anns*, précité, p. 751-752, la Chambre des lords, par l'entremise de lord Wilberforce, a affirmé que pour que l'on conclue à l'existence d'une obligation de diligence, il devait y avoir une proximité suffisante pour créer une obligation de diligence *prima facie* et il fallait ensuite déterminer s'il y avait des facteurs écartant cette obligation de diligence. Notre Cour a confirmé à de nombreuses reprises que cette méthode convenait dans le contexte canadien.

25 The importance of *Anns* lies in its recognition that policy considerations play an important role in determining proximity in new situations. Long

L'importance de l'arrêt *Anns* réside dans la constatation que les considérations de politique jouent un rôle important pour la détermination de

before *Anns*, courts in Canada and elsewhere had recognized that the decision of how far to extend liability for negligence involved policy considerations. As H. Street put it in *The Law of Torts* (6th ed. 1976), at p. 108, citing a Canadian case, *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241 (N.S.C.A.), at pp. 254-55:

... it cannot be too strongly stressed that the use of [the] test of foreseeability in order to determine whether there is a duty-relationship between the parties conceals the true judicial process — that test is in fact a conclusion embracing within it, and yet concealing the identity of, the several considerations of policy, and the balancing of interests which have led the court to decide that a duty is owed.

The House of Lords in *Anns* for the first time expressly recognized the policy component in determining the extension of the negligence principle. However, it left doubt on the precise content of the first and second branches of the new formulation of the negligence principle. This gave rise to debate — debate which the submissions in this case revive. Was the first branch concerned with foreseeability only or foreseeability and proximity? If the latter, was there duplication between policy considerations relevant to proximity at the first stage and the second stage of the test?

To some extent, these concerns are academic. Provided the proper balancing of the factors relevant to a duty of care are considered, it may not matter, so far as a particular case is concerned, at which “stage” it occurs. The underlying question is whether a duty of care should be imposed, taking into account all relevant factors disclosed by the circumstances. *Anns* did not purport to depart from the negligence test of *Donoghue v. Stevenson* but merely sought to elucidate it by explicitly recognizing its policy component.

la proximité dans les cas nouveaux. Bien avant l’arrêt *Anns*, les tribunaux du Canada et d’ailleurs avaient reconnu que la délimitation de la responsabilité pour négligence comportait des considérations de politique. Comme H. Street l’a exprimé dans *The Law of Torts* (6^e éd. 1976), p. 108, citant la décision canadienne *Nova Mink Ltd. c. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241 (C.A.N.-É.), p. 254-255 :

[TRADUCTION] ... on ne peut trop insister sur le fait que l’utilisation [du] critère de prévisibilité en vue de déterminer s’il existe une relation découlant d’une obligation entre les parties occulte le véritable raisonnement judiciaire — ce critère est en fait une conclusion à la fois englobant et occultant la nature des différentes considérations de politique et la pondération d’intérêts qui ont mené le tribunal à conclure à l’existence d’une obligation.

Dans *Anns*, la Chambre des lords a pour la première fois reconnu expressément l’existence de l’élément de politique lors de la détermination de la portée du principe de négligence. Elle a toutefois laissé planer des doutes sur la teneur précise des premier et deuxième volets de la nouvelle formulation du principe de négligence. Cela a donné lieu à un débat — débat que les arguments en l’espèce relancent. Le premier volet portait-il uniquement sur la prévisibilité ou sur la prévisibilité et la proximité? S’il portait sur ces deux éléments, les considérations de politique pertinentes quant à la proximité à la première étape du critère étaient-elles à nouveau prises en compte à la deuxième étape de ce critère?

Dans une certaine mesure, ces questions sont théoriques. S’il y a une pondération convenable des facteurs pertinents en matière d’obligation de diligence, il se peut que l’« étape » à laquelle cette pondération a lieu soit sans importance dans une affaire donnée. La question sous-jacente est de savoir si on devrait imposer une obligation de diligence à la lumière de l’ensemble des facteurs pertinents révélés par les faits. En rendant l’arrêt *Anns*, on ne visait pas à s’écarter du critère relatif à la négligence établi par l’arrêt *Donoghue c. Stevenson*, mais simplement à l’expliquer en reconnaissant explicitement son élément de politique.

28 We continue in the view, repeatedly expressed by this Court, that the *Anns* two-stage test, properly understood, does not involve duplication because different types of policy considerations are involved at the two stages. In our view, *Anns* continues to provide a useful framework in which to approach the question of whether a duty of care should be imposed in a new situation.

29 Nevertheless, it is important from the point of view of methodology and clarity in the law to be clear on what falls to be considered at each stage of the *Anns* test. In this connection, it is useful to consider the leading English case on that question. The Judicial Committee of the Privy Council held in *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175, that to find a *prima facie* duty of care at the first stage of the test there must be reasonable foreseeability of the harm plus something more. As will be seen, we agree with this conclusion. The Privy Council went on to opine that *Anns*' second branch, negation for policy reasons, would seldom come into play. If this is read as a suggestion that policy is not important in determining whether the negligence principle should be extended to new situations, we would respectfully differ. As Street points out, the *Donoghue v. Stevenson* foreseeability-negligence test, no matter how it is phrased, conceals a balancing of interests. The quest for the right balance is in reality a quest for prudent policy. The difference in the two positions, if there is one, may turn on how one defines policy; the Privy Council in *Yuen Kun Yeu* appears to regard policy as confined to practical considerations dictating immunity despite a close relationship and foreseeability.

30 In brief compass, we suggest that at this stage in the evolution of the law, both in Canada and abroad, the *Anns* analysis is best understood as follows. At

Nous continuons de partager l'opinion, que notre Cour a exprimée à de nombreuses reprises, selon laquelle le critère à deux étapes de l'arrêt *Anns*, s'il est bien interprété, ne comporte pas de double prise en compte parce que les deux étapes supposent des types de considérations de politique différents. À notre avis, l'arrêt *Anns* fournit toujours un cadre utile d'examen de la question de savoir s'il faut imposer une obligation de diligence dans un cas nouveau.

Néanmoins, du point de vue de la méthodologie et de la clarté du droit, il est important d'indiquer clairement ce qui doit être examiné à chaque étape du critère de l'arrêt *Anns*. À cet égard, il est utile d'examiner la principale décision anglaise sur cette question. Dans *Yuen Kun Yeu c. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175, le Comité judiciaire du Conseil privé a jugé que pour conclure à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* à la première étape du critère, il devait y avoir une prévisibilité raisonnable du préjudice, plus autre chose. Comme on le verra, nous sommes d'accord avec cette conclusion. Le Conseil privé a ajouté que le deuxième volet de l'arrêt *Anns*, soit la négation de l'obligation pour des raisons de politique générale, entrainait rarement en jeu. Si cela est interprété comme indiquant que les questions de politique ne sont pas importantes lorsque vient le temps de déterminer si le principe de négligence doit être étendu à des cas nouveaux, avec égards, il convient d'exprimer notre désaccord. Comme Street le souligne, peu importe sa formulation, le critère de prévisibilité-négligence de l'arrêt *Donoghue c. Stevenson* occulte une pondération d'intérêts. La recherche de l'équilibre constitue en réalité la recherche d'une politique de prudence. La différence entre ces deux positions, s'il y en a une, peut reposer sur la manière dont on définit le terme politique; le Conseil privé dans *Yuen Kun Yeu* paraît considérer l'élément de politique comme se restreignant à des considérations d'ordre pratique dictant l'exonération en dépit de l'existence d'un lien étroit et de la prévisibilité.

En résumé, nous sommes d'avis que dans l'état actuel du droit, tant au Canada qu'à l'étranger, il convient d'interpréter l'analyse établie dans

the first stage of the *Anns* test, two questions arise: (1) was the harm that occurred the reasonably foreseeable consequence of the defendant's act? and (2) are there reasons, notwithstanding the proximity between the parties established in the first part of this test, that tort liability should not be recognized here? The proximity analysis involved at the first stage of the *Anns* test focuses on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant. These factors include questions of policy, in the broad sense of that word. If foreseeability and proximity are established at the first stage, a *prima facie* duty of care arises. At the second stage of the *Anns* test, the question still remains whether there are residual policy considerations outside the relationship of the parties that may negate the imposition of a duty of care. It may be, as the Privy Council suggests in *Yuen Kun Yeu*, that such considerations will not often prevail. However, we think it useful expressly to ask, before imposing a new duty of care, whether despite foreseeability and proximity of relationship, there are other policy reasons why the duty should not be imposed.

On the first branch of the *Anns* test, reasonable foreseeability of the harm must be supplemented by proximity. The question is what is meant by proximity. Two things may be said. The first is that "proximity" is generally used in the authorities to characterize the type of relationship in which a duty of care may arise. The second is that sufficiently proximate relationships are identified through the use of categories. The categories are not closed and new categories of negligence may be introduced. But generally, proximity is established by reference to these categories. This provides certainty to the law of negligence, while still permitting it to evolve to meet the needs of new circumstances.

l'arrêt *Anns* comme suit. À la première étape du critère de l'arrêt *Anns*, deux questions se posent : (1) le préjudice subi était-il la conséquence prévisible de l'acte du défendeur; (2) malgré la proximité des parties qui a été établie dans la première partie de ce critère, existe-t-il des motifs pour lesquels la responsabilité délictuelle ne devrait pas être engagée en l'espèce? L'analyse relative à la proximité que comporte la première étape du critère de l'arrêt *Anns* met l'accent sur les facteurs découlant du lien existant entre la demanderesse et le défendeur. Ces facteurs comprennent des questions de politique, ce terme étant pris dans son sens large. Si l'on fait la preuve de la prévisibilité et de la proximité à la première étape, il y a une obligation de diligence *prima facie*. À la deuxième étape du critère de l'arrêt *Anns* il reste toujours à trancher la question de savoir s'il existe des considérations de politique étrangères au lien existant entre les parties qui sont susceptibles d'écarter l'obligation de diligence. Il se peut, comme le Conseil privé le laisse entendre dans *Yuen Kun Yeu*, que de telles considérations ne l'emportent pas souvent. Nous estimons cependant qu'avant d'imposer une nouvelle obligation de diligence, il est utile de se demander si, malgré la prévisibilité et la proximité des parties, il existe des raisons de politique générale pour lesquelles l'obligation ne devrait pas être imposée.

Dans le premier volet du critère de l'arrêt *Anns*, la prévisibilité raisonnable du préjudice doit se doubler de la proximité. La question est de savoir ce que l'on entend par proximité. On peut dire deux choses à cet égard. La première est que la jurisprudence utilise généralement le mot « proximité » pour décrire le genre de lien susceptible de donner lieu à une obligation de diligence. La deuxième est que l'utilisation de catégories permet de déterminer quels sont les liens suffisamment étroits. Le nombre des catégories n'est pas limité et il est possible d'introduire de nouvelles catégories de négligence. Mais, de façon générale, la proximité est établie par renvoi à ces catégories. Cela confère de la certitude au droit relatif à la diligence tout en permettant à celui-ci d'évoluer pour répondre aux besoins créés par les cas nouveaux.

32 On the first point, it seems clear that the word “proximity” in connection with negligence has from the outset and throughout its history been used to describe the type of relationship in which a duty of care to guard against foreseeable negligence may be imposed. “Proximity” is the term used to describe the “close and direct” relationship that Lord Atkin described as necessary to grounding a duty of care in *Donoghue v. Stevenson*, *supra*, at pp. 580-81:

Who then, in law is my neighbour? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

I think that this sufficiently states the truth if proximity be not confined to mere physical proximity, but be used, as I think it was intended, to extend to such close and direct relations that the act complained of directly affects a person whom the person alleged to be bound to take care would know would be directly affected by his careless act. [Emphasis added.]

33 As this Court stated in *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 24, *per* La Forest J.:

The label “proximity”, as it was used by Lord Wilberforce in *Anns*, *supra*, was clearly intended to connote that the circumstances of the relationship inhering between the plaintiff and the defendant are of such a nature that the defendant may be said to be under an obligation to be mindful of the plaintiff’s legitimate interests in conducting his or her affairs. [Emphasis added.]

34 Defining the relationship may involve looking at expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved. Essentially, these are factors that allow us to evaluate the closeness of the relationship between the plaintiff and the defendant and to determine whether it is just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law upon the defendant.

35 The factors which may satisfy the requirement of proximity are diverse and depend on the

Sur le premier point, il semble clair que l’utilisation du mot « proximité » relativement à la négligence ait servi dès le début et au cours de son histoire à décrire le genre de lien permettant l’imposition de l’obligation de diligence en tant que protection contre la négligence prévisible. Le mot « proximité » est utilisé pour décrire le lien « étroit et direct » que, dans *Donoghue c. Stevenson*, précité, lord Atkin a qualifié de nécessaire pour l’établissement d’une obligation de diligence (aux p. 580-581) :

[TRADUCTION] Qui alors est mon prochain en droit? La réponse semble être : les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon acte que je devrais raisonnablement les avoir à l’esprit comme ainsi touchées lorsque je songe aux actes ou omissions qui sont mis en question.

Je crois que cela correspond suffisamment à la réalité, si on ne limite pas la proximité à une simple proximité physique mais qu’on l’étend, comme je pense qu’on l’entendait, à des rapports si étroits et directs que l’acte incriminé touche directement une personne alors que celui qui est censé être prudent sait qu’elle sera directement touchée par sa négligence. [Nous soulignons.]

Comme le juge La Forest l’a affirmé au nom de notre Cour dans l’arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 24 :

L’expression « lien étroit », utilisée par lord Wilberforce dans l’arrêt *Anns*, précité, visait clairement à laisser entendre que les circonstances entourant le lien existant entre le demandeur et le défendeur sont telles qu’on peut affirmer que le défendeur est tenu de se soucier des intérêts légitimes du demandeur dans la gestion de ses affaires. [Nous soulignons.]

La détermination du lien peut supposer l’examen des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d’autres intérêts en jeu. Il s’agit essentiellement de facteurs nous permettant d’évaluer à quel point le lien entre le demandeur et le défendeur est étroit et de déterminer si, vu ce lien, il est juste et équitable en droit d’imposer une obligation de diligence au défendeur.

Les facteurs susceptibles de satisfaire à l’exigence de proximité sont variés et dépendent des

circumstances of the case. One searches in vain for a single unifying characteristic. As stated by McLachlin J. (as she then was) in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1151: “[p]roximity may be usefully viewed, not so much as a test in itself, but as a broad concept which is capable of subsuming different categories of cases involving different factors” (cited with approval in *Hercules Managements, supra*, at para. 23). Lord Goff made the same point in *Davis v. Radcliffe*, [1990] 2 All E.R. 536 (P.C.), at p. 540:

. . . it is not desirable, at least in the present stage of development of the law, to attempt to state in broad general propositions the circumstances in which such proximity may or may not be held to exist. On the contrary, following the expression of opinion by Brennan J in *Sutherland Shire Council v Heyman* (1985) 60 ALR 1 at 43-44, it is considered preferable that ‘the law should develop categories of negligence incrementally and by analogy with established categories’.

What then are the categories in which proximity has been recognized? First, of course, is the situation where the defendant’s act foreseeably causes physical harm to the plaintiff or the plaintiff’s property. This has been extended to nervous shock (see, for example, *Alcock v. Chief Constable of the South Yorkshire Police*, [1991] 4 All E.R. 907 (H.L.)). Yet other categories are liability for negligent misstatement: *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.), and misfeasance in public office. A duty to warn of the risk of danger has been recognized: *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189. Again, a municipality has been held to owe a duty to prospective purchasers of real estate to inspect housing developments without negligence: *Anns, supra*; *Kamloops, supra*. Similarly, governmental authorities who have undertaken a policy of road maintenance have been held to owe a duty of care to execute the maintenance in a non-negligent manner: *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445, etc. Relational economic loss (related to a contract’s performance) may give rise to a tort duty of care in certain situations, as where the

circumstances de l’affaire. On chercherait en vain une caractéristique unique unificatrice. Comme l’a affirmé le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1151 : « Le lien étroit peut être utilement considéré non pas tellement comme un critère en soi, mais comme une notion large qui peut inclure différentes catégories d’affaires comportant différents facteurs » (cité avec approbation dans l’arrêt *Hercules Managements*, précité, par. 23). Lord Goff a affirmé la même chose dans *Davis c. Radcliffe*, [1990] 2 All E.R. 536 (C.P.), p. 540 :

[TRADUCTION] . . . il n’est pas souhaitable, du moins, compte tenu de l’évolution actuelle du droit, de tenter de formuler en termes larges et généraux les cas dans lesquels il peut être conclu ou non à la proximité. Au contraire, suivant l’opinion exprimée par le juge Brennan dans *Sutherland Shire Council c Heyman* (1985) 60 ALR 1, p. 43-44, il est préférable que « le droit élabore graduellement de nouvelles catégories de négligence par analogie aux catégories existantes ».

Quelles sont donc les catégories pour lesquelles on a conclu à la proximité? Il y a d’abord, naturellement, les cas où l’acte du défendeur cause des lésions au demandeur ou des dommages à ses biens et que ces lésions ou dommages étaient prévisibles. On a interprété cette catégorie comme englobant aussi les chocs nerveux (voir, par exemple, *Alcock c. Chief Constable of the South Yorkshire Police*, [1991] 4 All E.R. 907 (H.L.)). Il existe également une catégorie pour les déclarations inexactes faites avec négligence : *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.), et pour la faute dans l’exercice d’une charge publique. On a reconnu l’existence de l’obligation d’avertir du danger : *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189. En outre, il a été conclu qu’une municipalité avait envers les acheteurs potentiels de maisons l’obligation d’inspecter avec diligence les ensembles résidentiels : *Anns*, précité; *Kamloops*, précité. De la même manière, des autorités gouvernementales se chargeant de l’entretien de routes ont été tenues à l’obligation d’effectuer cet entretien avec diligence : *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*,

claimant has a possessory or proprietary interest in the property, the general average cases, and cases where the relationship between the claimant and the property owner constitutes a joint venture: *Norsk, supra*; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210. When a case falls within one of these situations or an analogous one and reasonable foreseeability is established, a *prima facie* duty of care may be posited.

[1994] 1 R.C.S. 445, etc. La perte économique relationnelle (liée à l'exécution d'un contrat) peut entraîner une obligation de diligence en matière délictuelle dans certains cas, comme les cas où le demandeur a un droit de possession ou de propriété sur le bien, les cas d'avarie commune et les cas où le lien entre le demandeur et le propriétaire du bien est une entreprise commune : *Norsk*, précité; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210. Lorsqu'une affaire constitue l'un de ces cas ou un cas analogue et que la prévisibilité raisonnable est établie, on peut affirmer l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*.

37 This brings us to the second stage of the *Anns* test. As the majority of this Court held in *Norsk*, at p. 1155, residual policy considerations fall to be considered here. These are not concerned with the relationship between the parties, but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally. Does the law already provide a remedy? Would recognition of the duty of care create the spectre of unlimited liability to an unlimited class? Are there other reasons of broad policy that suggest that the duty of care should not be recognized? Following this approach, this Court declined to find liability in *Hercules Managements, supra*, on the ground that to recognize a duty of care would raise the spectre of liability to an indeterminate class of people.

Cela nous amène à la deuxième étape du critère de l'arrêt *Anns*. Comme les juges majoritaires de notre Cour l'ont conclu dans l'arrêt *Norsk*, p. 1155, il faut tenir compte des considérations de politique résiduelles en l'espèce. Ces considérations ne portent pas sur le lien existant entre les parties, mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général. La loi prévoit-elle déjà une réparation? Faudrait-il craindre le risque que la reconnaissance de l'obligation de diligence crée une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes? D'autres raisons de politique générale indiquent-elles que l'obligation de diligence ne devrait pas être reconnue? Suivant cette démarche, notre Cour a refusé de conclure à la responsabilité dans l'arrêt *Hercules Managements*, précité, au motif que la reconnaissance d'une obligation de diligence risquait d'engager la responsabilité d'un nombre indéterminé de personnes.

38 It is at this second stage of the analysis that the distinction between government policy and execution of policy falls to be considered. It is established that government actors are not liable in negligence for policy decisions, but only operational decisions. The basis of this immunity is that policy is the prerogative of the elected Legislature. It is inappropriate for courts to impose liability for the consequences of a particular policy decision. On the other hand, a government actor may be liable in negligence for the manner in which it executes or

C'est à cette deuxième étape de l'analyse qu'il faut examiner la distinction entre la politique de gouvernement et l'application de cette politique. Il est établi que les acteurs gouvernementaux ne sont pas responsables de négligence pour les décisions de politique générale, mais seulement pour les décisions opérationnelles. Cette immunité provient du fait que la politique relève de la prérogative des élus. Il ne convient pas que les tribunaux imposent une responsabilité pour les conséquences d'une décision de politique générale donnée. Par

carries out the policy. In our view, the exclusion of liability for policy decisions is properly regarded as an application of the second stage of the *Anns* test. The exclusion does not relate to the relationship between the parties. Apart from the legal characterization of the government duty as a matter of policy, plaintiffs can and do recover. The exclusion of liability is better viewed as an immunity imposed because of considerations outside the relationship for policy reasons — more precisely, because it is inappropriate for courts to second-guess elected legislators on policy matters. Similar considerations may arise where the decision in question is quasi-judicial (see *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80).

The second step of *Anns* generally arises only in cases where the duty of care asserted does not fall within a recognized category of recovery. Where it does, we may be satisfied that there are no overriding policy considerations that would negative the duty of care. In this sense, we agree with the Privy Council in *Yuen Kun Yeu* that the second stage of *Anns* will seldom arise and that questions of liability will be determined primarily by reference to established and analogous categories of recovery. However, where a duty of care in a novel situation is alleged, as here, we believe it necessary to consider both steps of the *Anns* test as discussed above. This ensures that before a duty of care is imposed in a new situation, not only are foreseeability and relational proximity present, but there are no broader considerations that would make imposition of a duty of care unwise.

contre, un acteur gouvernemental peut être tenu responsable de négligence pour la manière dont il applique la politique. À notre avis l'exonération de responsabilité liée aux décisions de politique générale est considérée à juste titre comme une application de la deuxième étape du critère de l'arrêt *Anns*. L'exonération n'a pas trait au lien entre les parties. Hormis les cas où on qualifie en droit l'obligation du gouvernement de question de politique, les demandeurs peuvent obtenir une indemnisation et ils le font. Il convient de considérer l'exonération de responsabilité comme une immunité accordée en raison de facteurs extérieurs au lien entre le demandeur et le défendeur pour des raisons de politique générale — plus précisément parce qu'il est inapproprié pour les tribunaux de s'approprier le rôle des élus en matière de politique. Des considérations semblables peuvent surgir lorsque la décision en question est de nature quasi judiciaire (voir *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80).

On procède généralement à la deuxième étape de l'arrêt *Anns* seulement dans les cas où l'obligation de diligence invoquée ne relève pas d'une catégorie d'indemnisation reconnue. Lorsque l'obligation de diligence relève d'une catégorie reconnue, nous pouvons conclure qu'aucune considération de politique prioritaire ne l'écarte. Dans ce sens, nous partageons l'opinion que le Conseil privé a exprimée dans *Yuen Kun Yeu*, selon laquelle on devra rarement passer à la deuxième étape de l'arrêt *Anns* et on déterminera les questions de responsabilité essentiellement en fonction des catégories d'indemnisation établies et de catégories analogues. Toutefois, nous estimons que lorsqu'un demandeur invoque l'obligation de diligence dans un cas nouveau, comme en l'espèce, il est nécessaire de procéder aux deux étapes du critère de l'arrêt *Anns*, comme nous l'avons mentionné précédemment. Cela fait en sorte qu'avant qu'une obligation de diligence ne soit imposée dans un cas nouveau, non seulement la prévisibilité et la proximité sont présentes, mais qu'il n'existe aucune considération générale au regard de laquelle l'imposition d'une obligation de diligence serait malavisée.

V. Application of the Test

40

The appellants submit that the Registrar of Mortgage Brokers owed them, as investors with a firm falling under the Registrar's administrative mandate, a duty of care giving rise to liability for negligence and damages for losses that they sustained. The investors allege that the Registrar should have acted earlier to suspend Eron or warn them of Eron's breaches of the Act's requirements, and that their losses are traceable to the Registrar's failure to act more promptly.

41

The first question is whether the circumstances disclose reasonably foreseeable harm and proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. The first inquiry at this stage is whether the case falls within or is analogous to a category of cases in which a duty of care has previously been recognized. The answer to this question is no.

42

The next question is whether this is a situation in which a new duty of care should be recognized. It may be that the investors can show that it was reasonably foreseeable that the alleged negligence in failing to suspend Eron or issue warnings might result in financial loss to the plaintiffs. However, as discussed, mere foreseeability is not enough to establish a *prima facie* duty of care. The plaintiffs must also show proximity — that the Registrar was in a close and direct relationship to them making it just to impose a duty of care upon him toward the plaintiffs. In addition to showing foreseeability, the plaintiffs must point to factors arising from the circumstances of the relationship that impose a duty.

43

In this case, the factors giving rise to proximity, if they exist, must arise from the statute under which the Registrar is appointed. That statute is the only source of his duties, private or public. Apart from

V. L'application du critère

Les appelants soutiennent qu'étant donné qu'ils avaient investi dans une société visée par le mandat administratif du registrateur des courtiers en hypothèques, celui-ci avait à leur endroit une obligation de diligence en vertu de laquelle il était responsable de négligence pour les pertes qu'ils avaient subies. Les investisseurs prétendent que le registrateur aurait dû suspendre plus tôt le permis de Eron ou les avertir plus tôt du fait que Eron ne respectait pas les exigences de la Loi, et ils avancent que les pertes qu'ils ont subies sont dues au défaut du registrateur d'agir plus rapidement.

La première question est de savoir si les faits révèlent l'existence d'un préjudice raisonnablement prévisible et d'une proximité suffisante pour établir une obligation de diligence *prima facie*. La première question à se poser à ce stade-ci est de savoir si l'affaire relève d'une catégorie de cas, ou si elle est analogue à une catégorie de cas, où une obligation de diligence a déjà été reconnue. Il convient de répondre à cette question par la négative.

La question suivante est de savoir s'il s'agit d'un cas où il faut reconnaître l'existence d'une nouvelle obligation de diligence. Il se peut que les investisseurs soient en mesure de démontrer qu'il était raisonnablement prévisible que la négligence dont aurait fait preuve le registrateur en ne suspendant pas le permis de Eron ou en ne faisant aucune mise en garde soit susceptible d'entraîner une perte financière pour les demandeurs. Toutefois, comme nous l'avons mentionné, la prévisibilité ne suffit pas, à elle seule, pour établir une obligation de diligence *prima facie*. Les demandeurs doivent également démontrer la proximité — que le registrateur avait un lien étroit et direct avec eux justifiant l'imposition à ce dernier d'une obligation de diligence à leur endroit. En plus de démontrer la prévisibilité, les demandeurs doivent indiquer les facteurs découlant des circonstances de la création du lien qui militent en faveur de l'imposition de l'obligation.

En l'espèce, les facteurs de proximité, s'ils existent, doivent découler de la loi en vertu de laquelle le registrateur est nommé. Cette loi constitue la seule source de ses obligations, que celles-ci soient

that statute, he is in no different position than the ordinary man or woman on the street. If a duty to investors with regulated mortgage brokers is to be found, it must be in the statute.

In this case, the statute does not impose a duty of care on the Registrar to investors with mortgage brokers regulated by the Act. The Registrar's duty is rather to the public as a whole. Indeed, a duty to individual investors would potentially conflict with the Registrar's overarching duty to the public.

A brief review of the relevant powers and duties of the Registrar under the Act confirms this conclusion. Part 1 sets out the Registrar's regulatory powers with respect to the operation of mortgage brokers and submortgage brokers in British Columbia. Specifically, s. 4 provides that the Registrar must grant registration or renewal of registration to an applicant if, in his opinion, the applicant is "suitable" for registration and the proposed registration is "not objectionable". He may also attach such conditions and restrictions to the registration as he considers necessary. Once registered, a mortgage broker must comply with s. 6 of the Regulations which mandates that registrants maintain proper books and records and file annual financial statements with the Registrar.

Sections 5 and 6 of the Act cover the investigatory powers of the Registrar. Pursuant to s. 5, the Registrar may, and on receipt of a sworn complaint must, investigate any matter arising out of the Act or Regulations. In pursuit of this purpose, the Registrar may examine any records and documents of the person being investigated. He may summon witnesses and compel them to give evidence on oath or otherwise and to produce records, property, assets or things in the same manner as the court does for

de nature privée ou publique. Sauf pour ce qui est de cette loi, le registrateur se trouve dans la même position que monsieur ou madame tout le monde. Seule cette loi peut donner naissance à une obligation du registrateur envers ceux qui investissent auprès des courtiers en hypothèques soumis à la réglementation.

En l'espèce, la Loi n'impose pas une obligation de diligence au registrateur envers ceux qui investissent auprès des courtiers en hypothèques dont elle régit les activités. Le registrateur a plutôt une obligation à l'égard du public en général. D'ailleurs, si le registrateur avait une obligation envers chaque investisseur, cette obligation serait susceptible d'aller à l'encontre de l'obligation qu'il a à l'égard des intérêts supérieurs du public.

Un bref examen des attributions pertinentes que la Loi confère au registrateur confirme cette conclusion. La partie 1 énonce les pouvoirs de réglementation du registrateur relativement aux activités des courtiers en hypothèques et de leurs employés, de leurs administrateurs et de leurs associés en Colombie-Britannique. En particulier, l'art. 4 prévoit que le registrateur doit accorder l'inscription ou le renouvellement de l'inscription à un demandeur s'il estime que ce dernier [TRADUCTION] « a les qualités requises » à cet égard et que l'inscription proposée [TRADUCTION] « n'est pas inadmissible ». Il peut aussi assortir l'inscription des conditions et des restrictions qu'il juge nécessaires. Une fois inscrit, le courtier en hypothèques doit se conformer à l'art. 6 du règlement, qui oblige le détenteur de permis à tenir les livres et registres nécessaires et à déposer des états financiers annuels auprès du registrateur.

Les articles 5 et 6 de la Loi énoncent les pouvoirs d'enquête du registrateur. En vertu de l'art. 5, le registrateur peut, et doit sur réception d'une plainte déposée sous serment, faire enquête sur toute affaire découlant de la Loi ou du règlement. À cette fin, le registrateur peut examiner les registres et les documents de la personne faisant l'objet de l'enquête. Il peut citer des témoins à comparaître et les obliger à rendre témoignage sous serment ou autrement et à produire des registres, des biens, des actifs ou

44

45

46

the trial of civil actions. Section 7 allows the Registrar to “freeze” funds or securities where he has made or is about to make a direction, decision, order or ruling suspending or cancelling the registration of a person under the Act. He may also apply to the court for an appointment of a receiver, or a receiver and manager, or trustee of the property of the person.

47

Under s. 8, the Registrar may, after giving a person registered under the Act an opportunity to be heard, suspend or cancel any registration if, in his opinion, any of the following or other conditions apply: the person would be disentitled to registration if the person were an applicant under s. 4; the person is in breach of a condition of registration; the person is a party to a mortgage transaction which is harsh and unconscionable or otherwise inequitable; or the person has conducted or is conducting business in a manner that is otherwise prejudicial to the public interest. Section 14 prohibits a broker from making any false, misleading or deceptive statements in any advertisement, circular or similar material. Part 2 of the Act is directed towards the protection of borrowers, investors and lenders, mandating in part specific disclosure requirements by mortgage lenders and their agents. Section 8 of the Regulations provides that every direction, decision, order or ruling of the Registrar refusing registration, refusing to renew registration, suspending registration or cancelling registration shall be made in writing and shall be open to public inspection.

48

Finally, s. 20 exempts the Registrar or any person acting under his authority from any action brought for anything done in the performance of duties under the Act or Regulations, or in pursuance or intended or supposed pursuance of the Act or Regulations, unless it was done in bad faith.

49

The regulatory scheme governing mortgage brokers provides a general framework to ensure the efficient operation of the mortgage marketplace. The Registrar must balance a myriad of competing

des objets de la même manière qu’un tribunal civil. L’article 7 permet au registraire de « bloquer » des fonds ou des garanties après ou avant l’émission d’une directive, le prononcé d’une décision ou la délivrance d’une ordonnance suspendant ou annulant l’inscription d’une personne en vertu de la Loi. Le registraire peut également demander à la cour de nommer un séquestre, un administrateur-séquestre ou un syndic relativement aux biens de la personne.

En vertu de l’art. 8, le registraire peut, après avoir donné à une personne inscrite en vertu de la Loi la possibilité de se faire entendre, suspendre ou annuler son inscription s’il estime que l’une des conditions suivantes notamment s’appliquent : la personne n’aurait pas droit à l’inscription si elle était une demanderesse visée par l’art. 4; la personne a contrevenu à une condition de l’inscription; la personne participe à une opération hypothécaire qui est dure et abusive ou inéquitable de quelque autre manière; la personne a mené ses affaires ou mène ses affaires de manière préjudiciable à l’intérêt public. L’article 14 interdit au courtier de faire des déclarations fausses ou trompeuses dans une annonce publicitaire, une circulaire et ou tout document semblable. La partie 2 de la Loi porte sur la protection des emprunteurs, des investisseurs et des prêteurs et prescrit notamment des exigences de communication que doivent respecter les prêteurs hypothécaires et leurs mandataires. L’article 8 du règlement prévoit que toute directive, décision et ordonnance du registraire qui refuse, suspend ou annule une inscription ou qui en refuse le renouvellement doit être rendue par écrit et doit être accessible au public.

Enfin, l’article 20 protège le registraire et ses mandataires contre toute action relative aux actes qu’ils accomplissent dans l’exercice des fonctions que leur attribuent la Loi et le règlement, ou qu’ils accomplissent ou croient accomplir en application de la Loi ou du règlement, à moins qu’ils agissent de mauvaise foi.

Le régime de réglementation régissant les activités des courtiers en hypothèques fournit un cadre général visant à garantir le fonctionnement efficace du marché des hypothèques. Le registraire

interests, ensuring that the public has access to capital through mortgage financing while at the same time instilling public confidence in the system by determining who is “suitable” and whose proposed registration as a broker is “not objectionable”. All of the powers or tools conferred by the Act on the Registrar are necessary to undertake this delicate balancing. Even though to some degree the provisions of the Act serve to protect the interests of investors, the overall scheme of the Act mandates that the Registrar’s duty of care is not owed to investors exclusively but to the public as a whole.

Accordingly, we agree with the Court of Appeal *per Newbury J.A.*: even though the Registrar might reasonably have foreseen that losses to investors in Eron would result if he was careless in carrying out his duties under the Act, there was insufficient proximity between the Registrar and the investors to ground a *prima facie* duty of care. The statute cannot be construed to impose a duty of care on the Registrar specific to investments with mortgage brokers. Such a duty would no doubt come at the expense of other important interests, of efficiency and finally at the expense of public confidence in the system as a whole.

Having found no proximity sufficient to found a duty of care owed by the Registrar to the investors, we need not proceed to the second branch of the *Anns* test and the question of whether there exist policy considerations apart from those considered in determining a relationship of proximity, which would negative a *prima facie* duty of care, had one been found. However, the matter having been fully argued, it may be useful to comment on those submissions.

doit pondérer une multitude d’intérêts opposés et s’assurer que le public a accès au capital au moyen du financement hypothécaire; il doit aussi protéger la confiance du public dans le système en déterminant quelles sont les personnes qui ont [TRADUCTION] « les qualités requises » et dont l’inscription proposée comme courtier [TRADUCTION] « n’est pas inadmissible ». Tous les pouvoirs et outils que la Loi donne au registrateur sont nécessaires pour que celui-ci effectue cette pondération délicate. Même si, dans une certaine mesure, les dispositions de la Loi servent à protéger les intérêts des investisseurs, l’économie globale de la Loi prescrit que le registrateur n’a pas une obligation de diligence uniquement envers les investisseurs, mais également envers le public dans son ensemble.

En conséquence, nous partageons l’opinion de la Cour d’appel que le juge Newbury a exprimée : même si le registrateur avait raisonnablement pu prévoir que ceux qui ont investi dans Eron subiraient des pertes s’il était négligent dans l’exercice des fonctions que la Loi lui attribue, le registrateur et les investisseurs n’étaient pas dans une situation de proximité suffisante pour fonder une obligation de diligence *prima facie*. On ne peut pas interpréter cette loi comme imposant au registrateur une obligation de diligence propre aux investissements faits auprès des courtiers en hypothèques. Une telle obligation existerait certes aux dépens d’autres intérêts importants, de l’efficacité et, enfin, de la confiance que le public éprouve à l’égard du système dans son ensemble.

Ayant conclu qu’il n’y avait pas suffisamment de proximité pour fonder une obligation de diligence du registrateur envers les investisseurs, nous n’avons pas à nous pencher sur le deuxième volet du critère de l’arrêt *Anns*, ni sur la question de savoir si des considérations de politique, autres que celles que nous avons examinées en déterminant le rapport de proximité, écarteraient l’obligation de diligence *prima facie* si nous avions jugé qu’il y en avait une. Cependant, la question ayant été entièrement débattue, il est peut-être utile que nous fassions des observations sur les arguments présentés.

50

51

52

In our view, even if a *prima facie* duty of care had been established under the first branch of the *Anns* test, it would have been negated at the second stage for overriding policy reasons. The decision of whether to suspend a broker involves both policy and quasi-judicial elements. The decision requires the Registrar to balance the public and private interests. The Registrar is not simply carrying out a pre-determined government policy, but deciding, as an agent of the executive branch of government, what that policy should be. Moreover, the decision is quasi-judicial. The Registrar must act fairly or judicially in removing a broker's licence. These requirements are inconsistent with a duty of care to investors. Such a duty would undermine these obligations, imposed by the Legislature on the Registrar. Thus even if a *prima facie* duty of care could be posited, it would be negated by other overriding policy considerations.

53

The *prima facie* duty of care is also negated on the basis of the distinction between government policy and the execution of policy. As stated, the Registrar must make difficult discretionary decisions in the area of public policy, decisions which command deference. As Huddart J.A. (concurring in the result) found, the decisions made by the Registrar were made within the limits of the powers conferred upon him in the public interest.

54

Further, the spectre of indeterminate liability would loom large if a duty of care was recognized as between the Registrar and investors in this case. The Act itself imposes no limit and the Registrar has no means of controlling the number of investors or the amount of money invested in the mortgage brokerage system.

55

Finally, we must consider the impact of a duty of care on the taxpayers, who did not agree to

À notre avis, même si une obligation de diligence *prima facie* avait été établie dans le cadre du premier volet du critère de l'arrêt *Anns*, cette obligation aurait été écartée à la deuxième étape pour des raisons de politique générale supérieures. La décision de suspendre ou non l'inscription d'un courtier comporte des éléments de politique et des éléments d'ordre quasi judiciaire. La prise de la décision oblige le registrateur à pondérer les intérêts publics et les intérêts privés. Le registrateur ne fait pas qu'appliquer une politique gouvernementale déterminée, mais décide, en tant que mandataire de l'organe exécutif du gouvernement, ce que cette politique doit être. La décision est aussi de nature quasi judiciaire. Le registrateur doit agir équitablement ou judiciairement lorsqu'il retire son permis à un courtier. Ces exigences sont incompatibles avec une obligation de diligence envers les investisseurs. Une telle obligation entraverait le registrateur dans l'exécution des fonctions que le législateur lui a attribuées. Par conséquent, même si on pouvait affirmer l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, des considérations de politique supérieures écarteraient cette obligation.

L'obligation de diligence *prima facie* est également écartée en raison de la distinction entre la politique de gouvernement et l'application de cette politique. Comme nous l'avons indiqué, le registrateur doit prendre des décisions discrétionnaires difficiles en matière d'ordre public, décisions à l'égard desquelles il faut faire preuve de retenue. Comme le juge Huddart (qui appuyait la conclusion) l'a conclu, le registrateur a pris ses décisions dans le cadre des pouvoirs qui lui étaient confiés dans l'intérêt public.

En outre, le risque de responsabilité indéterminée serait grandement à craindre si on reconnaissait que le registrateur a une obligation de diligence envers les investisseurs en l'espèce. La Loi elle-même n'impose aucune limite au nombre des investisseurs et aux montants d'argent investis dans le système de courtage en hypothèques, et le registrateur ne dispose d'aucun moyen pour les contrôler.

Enfin, nous devons tenir compte des répercussions qu'une obligation de diligence aurait sur les

assume the risk of private loss to persons in the situation of the investors. To impose a duty of care in these circumstances would be to effectively create an insurance scheme for investors at great cost to the taxpaying public. There is no indication that the Legislature intended that result.

In the result the judgment of the British Columbia Court of Appeal is affirmed and the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Church & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondents: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

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

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

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

Solicitor for the interveners Her Majesty the Queen in Right of Alberta and the Minister of Justice and Attorney General for Alberta: The Minister of Justice and Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the British Columbia Securities Commission: The British Columbia Securities Commission, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Ontario Securities Commission and the Alberta Securities Commission: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

contribuables, qui n'ont pas accepté d'assumer le risque de perte privée des personnes se trouvant dans la situation des investisseurs. Imposer une obligation de diligence dans ces circonstances reviendrait en fait à créer au bénéfice des investisseurs un régime d'assurance fort coûteux pour les contribuables. Rien n'indique que c'est ce que le législateur ait voulu.

Par conséquent, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est confirmé et le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Church & Company, Vancouver.

Procureur des intimés : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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

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

Procureur des intervenants Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta : Le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la British Columbia Securities Commission: La British Columbia Securities Commission, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et l'Alberta Securities Commission : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

John Edwards and Nancy Edwards on behalf of themselves and with leave of the court on behalf of the Class herein described *Appellants*

v.

The Law Society of Upper Canada *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario and the Ontario Securities Commission *Interveners*

and

Palmer Mills, Beverly Hoover and James Thomas Leslie Mills, Executors of the Estate of John T. Murray Mills, Deceased, Sisto Consultants Inc., Maurice Carr, Jasper Naude, John Davison, Marilyn Davison, Arlene Woolcox, Jasbir Gill, Sisto Finance Inc., Camm-Tex International Inc. and Sisto Finance N.V. (*Defendants*)

INDEXED AS: EDWARDS v. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA

Neutral citation: 2001 SCC 80.

File No.: 28108.

2001: June 20; 2001: November 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Negligence — Duty of care — Statutory regulators — Law Society — Misuse of solicitor's trust account — Funds in gold delivery fraud being paid into law firm's trust account — Law Society starting investigation after being informed by solicitor that his trust account was used in unorthodox manner —

John Edwards et Nancy Edwards en leur nom et, avec l'autorisation de la cour, au nom de la catégorie décrite ci-après *Appellants*

c.

Le Barreau du Haut-Canada *Intimé*

et

Le procureur général de l'Ontario et la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario *Intervenants*

et

Palmer Mills, Beverly Hoover et James Thomas Leslie Mills, exécuteurs de la succession de John T. Murray Mills, décédé, Sisto Consultants Inc., Maurice Carr, Jasper Naude, John Davison, Marilyn Davison, Arlene Woolcox, Jasbir Gill, Sisto Finance Inc., Camm-Tex International Inc. et Sisto Finance N.V. (*Défendeurs*)

RÉPERTORIÉ : EDWARDS c. BARREAU DU HAUT-CANADA

Référence neutre : 2001 CSC 80.

N° du greffe : 28108.

2001 : 20 juin; 2001 : 16 novembre.

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

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Organismes de réglementation — Barreau — Malversations à l'égard du compte en fiducie d'un avocat — Fonds provenant d'une fraude en matière de livraison d'or versés dans le compte en fiducie d'un cabinet d'avocats — Enquête du Barreau à la suite d'une

Whether Law Society owes duty of care to persons who deposit money into a solicitor's trust account in respect of losses resulting from misuse of account.

The appellants represent a class of individuals who were allegedly victimized by a gold delivery fraud. A selling agent encouraged the appellants to purchase gold and, pursuant to a "Gold Delivery Contract", to pay the funds to a solicitor's trust account. The appellants later learned that although over US\$9 million had been given in trust to the solicitor for the delivery of the gold, no mines existed and no gold was ever produced. The respondent Law Society commenced an investigation after receiving a letter from the solicitor regarding the unorthodox use of his trust account. The appellants claimed that once the respondent knew that the account was being used improperly, it had a duty to ensure that the solicitor operated his trust account according to the regulations or alternatively to warn them that it had chosen to abandon its supervisory jurisdiction. The motions judge allowed the respondent's motion to strike for failure to disclose a cause of action. The Court of Appeal upheld that judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

The companion case of *Cooper* outlines the approach in assessing whether a duty of care will be recognized in a given case. When this test is applied, no *prima facie* duty of care arose between the respondent and the appellants, who deposited money into a solicitor's trust account as participants in a third-party business promotion. This case does not fall within, nor is it analogous to, any category of cases in which a duty of care has previously been recognized. Furthermore, this is not a case in which a new duty of care should be recognized. The *Law Society Act* does not impose a private law duty of care on the respondent on the facts of this case. While the Act ensures the protection and compensation of clients as members of the public, the appellants, or the members of the Class they represent, were not "clients" of the solicitor in the traditional sense. Finally, the immunity given to benchers or officials by s. 9 of the Act precludes any inference of an intention to provide compensation in circumstances that fall outside the lawyers' professional indemnity insurance and the lawyers' fund for client compensation. In any event, even if there were a *prima facie* duty of care on the part of the respondent to the appellants, that duty of care would have been

information de l'avocat selon laquelle son compte était utilisé de manière peu orthodoxe — Le Barreau a-t-il une obligation de diligence envers les personnes qui déposent des sommes d'argent dans le compte en fiducie d'un avocat et qui subissent des pertes résultant de malversations?

Les appelants représentent une catégorie de personnes qui auraient été victimes d'une fraude en matière de livraison d'or. Un agent de placement a encouragé les appelants à acheter de l'or et, aux termes d'un « contrat de livraison d'or », à verser les fonds dans le compte en fiducie d'un avocat. Les appelants ont par la suite appris que même si plus de 9 millions de dollars US avaient été versés en fiducie à l'avocat pour la livraison d'or, il n'existait aucune mine d'or ni aucune production d'or. Le Barreau intimé a entrepris une enquête après avoir reçu une lettre de l'avocat au sujet de l'utilisation peu orthodoxe de son propre compte en fiducie. Les appelants ont prétendu que dès lors que l'intimé était au courant de l'utilisation irrégulière du compte, il avait l'obligation de s'assurer que l'avocat gérait son compte en fiducie conformément aux règlements ou, subsidiairement, de les avertir qu'il avait choisi de renoncer à son rôle de surveillance. Le juge des requêtes a accueilli la requête en radiation pour absence de cause d'action qu'avait présentée l'intimé. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'arrêt connexe *Cooper* précise la façon de déterminer s'il y a lieu de reconnaître une obligation de diligence dans une espèce donnée. Lorsque ce critère est appliqué, aucune obligation de diligence *prima facie* n'est née entre l'intimé et les appelants, qui ont déposé des sommes d'argent dans le compte en fiducie d'un avocat à titre de participants à la promotion commerciale d'une tierce personne. L'espèce ne correspond ni ne ressemble à aucune catégorie d'affaires dans lesquelles les tribunaux ont reconnu l'existence d'une obligation de diligence. Qui plus est, il ne s'agit pas d'une affaire où il y aurait lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence. La *Loi sur le Barreau* n'impose à l'intimé aucune obligation de diligence de droit privé relativement aux faits de l'espèce. Bien que la Loi assure la protection et le dédommagement des clients à titre de membres du public, les appelants, ou les membres de la catégorie de personnes qu'ils représentent n'étaient pas des « clients » de l'avocat au sens traditionnel du terme. Finalement, l'immunité qu'accorde l'art. 9 de la Loi aux conseillers ou aux dirigeants exclut toute inférence d'une intention de prévoir un dédommagement dans des circonstances qui sortent du cadre de l'assurance responsabilité professionnelle des avocats et du fonds d'indemnisation des clients des avocats. De toute façon, même s'il existait

negated by residual policy considerations outside the relationship of the parties.

Cases Cited

Followed: *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; **referred to:** *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *French v. Law Society of Upper Canada* (1975), 61 D.L.R. (3d) 28; *Voratovic v. Law Society of Upper Canada* (1978), 20 O.R. (2d) 214; *Calvert v. Law Society of Upper Canada* (1981), 32 O.R. (2d) 176; *Lee v. Law Society of Upper Canada*, [1994] O.J. No. 1468 (QL); *Carnegie v. Rasmussen Starr Ruddy* (1994), 19 O.R. (3d) 272; *R.D. Belanger & Associates Ltd. v. Stadium Corp. of Ontario Ltd.* (1991), 5 O.R. (3d) 778; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165.

Statutes and Regulations Cited

Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, ss. 9, 27, 33, 51, 60, 61.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (2000), 48 O.R. (3d) 329, 188 D.L.R. (4th) 613, 133 O.A.C. 286, 1 C.C.L.T. (3d) 193, 46 C.P.C. (4th) 30, [2000] O.J. No. 2085 (QL), dismissing the appellants' appeal from a decision of the Ontario Court (General Division) (1998), 37 O.R. (3d) 279, 156 D.L.R. (4th) 348, 19 C.P.C. (4th) 43, 41 C.C.L.T. (2d) 241, [1998] O.J. No. 132 (QL). Appeal dismissed.

David E. Wires, Karen E. Jolley and Lisa D. La Horey, for the appellants.

W. Ross Murray, Q.C., and *M. Christine Fotopoulos*, for the respondent.

Sara Blake, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Neil Finkelstein and Johanna M. Superina, for the intervener the Ontario Securities Commission.

The judgment of the Court was delivered by

¹ THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. — This appeal raises issues similar to those raised in *Cooper*

une obligation de diligence *prima facie* entre l'intimé et les appelants, celle-ci aurait été annulée par des considérations de politique résiduelles extérieures au lien entre les parties.

Jurisprudence

Arrêt suivi : *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; **arrêtés mentionnés :** *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *French c. Law Society of Upper Canada* (1975), 61 D.L.R. (3d) 28; *Voratovic c. Law Society of Upper Canada* (1978), 20 O.R. (2d) 214; *Calvert c. Law Society of Upper Canada* (1981), 32 O.R. (2d) 176; *Lee c. Law Society of Upper Canada*, [1994] O.J. No. 1468 (QL); *Carnegie c. Rasmussen Starr Ruddy* (1994), 19 O.R. (3d) 272; *R.D. Belanger & Associates Ltd. c. Stadium Corp. of Ontario Ltd.* (1991), 5 O.R. (3d) 778; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165.

Lois et règlements cités

Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, ch. L.8, art. 9, 27, 33, 51, 60, 61.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 48 O.R. (3d) 329, 188 D.L.R. (4th) 613, 133 O.A.C. 286, 1 C.C.L.T. (3d) 193, 46 C.P.C. (4th) 30, [2000] O.J. No. 2085 (QL), qui a rejeté l'appel des appelants à l'encontre d'une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 37 O.R. (3d) 279, 156 D.L.R. (4th) 348, 19 C.P.C. (4th) 43, 41 C.C.L.T. (2d) 241, [1998] O.J. No. 132 (QL). Pourvoi rejeté.

David E. Wires, Karen E. Jolley et Lisa D. La Horey, pour les appelants.

W. Ross Murray, c.r., et *M. Christine Fotopoulos*, pour l'intimé.

Sara Blake, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Neil Finkelstein et Johanna M. Superina, pour l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi soulève des questions semblables

v. *Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79, which concerns the civil liability of statutory financial regulators. In this case, the appellants contend that the Law Society of Upper Canada, as governing body of the self-regulated legal profession in Ontario, failed to properly monitor the trust accounts of the defendant solicitor (now deceased). They assert that the Law Society should be held liable in tort law for damages they suffered as a result of the Law Society's failure to act with due care. For the following reasons, we disagree.

I. Facts

The appellants, John and Nancy Edwards, represent a class of individuals who were allegedly victimized by a gold delivery fraud. In 1989 the appellants met Arlene Woolcox, who encouraged them to purchase gold from Sisto Consultants Inc. Pursuant to a "Gold Delivery Contract", Woolcox and other selling agents advised the appellants that their funds were to be paid to the Palmer Mills client trust account and would be held in trust by Mills. The appellants paid over US\$300,000 in bank drafts to the trust account, which they financed by the sale of a portion of their business and a second mortgage on their home. The bank drafts were to be held for 90 days, at the end of which the plaintiffs would receive the gold for which they had contracted. Despite repeated requests, the gold did not materialize. The plaintiffs later learned that although US\$9,074,061.70 had been given in trust to Mills for the delivery of the gold, no mine existed and no gold was ever produced to satisfy the delivery requirements of the Gold Delivery Contracts. By May 15, 1990, only US\$109,247.39 remained in the trust account. This amount was seized by the Ontario Securities Commission.

à celles qui ont été examinées dans l'arrêt *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79, portant sur la responsabilité civile des organismes de réglementation financière établis par la loi. Dans la présente espèce, les appelants soutiennent que le Barreau du Haut-Canada a, en sa qualité d'organe directeur de la profession juridique autoréglementée en Ontario, manqué à son obligation de surveiller adéquatement les comptes en fiducie de l'avocat défendeur (maintenant décédé). Ils font valoir que le Barreau devrait être tenu responsable, en droit de la responsabilité délictuelle, des dommages qu'ils ont subis par suite de son défaut d'agir avec diligence. Pour les motifs suivants, nous ne sommes pas d'accord.

I. Les faits

Les appelants, John et Nancy Edwards, représentent une catégorie de personnes qui auraient été victimes d'une fraude en matière de livraison d'or. En 1989, les appelants ont rencontré Arlene Woolcox, qui les a encouragés à acheter de l'or auprès de Sisto Consultants Inc. Aux termes d'un [TRADUCTION] « contrat de livraison d'or », Woolcox et d'autres agents de placement ont avisé les appelants que leurs fonds devaient être versés dans le compte en fiducie des clients de Palmer Mills et qu'ils seraient détenus en fiducie par Mills. Les appelants ont versé plus de 300 000 \$US en traites bancaires dans le compte en fiducie, somme qu'ils ont financée par la vente d'une partie de leur entreprise et par un prêt hypothécaire de deuxième rang sur leur maison. Les traites bancaires devaient être conservées pendant 90 jours, après quoi les demandeurs devaient recevoir l'or visé par le contrat. En dépit de demandes répétées, ils n'ont jamais obtenu l'or. Les demandeurs ont par la suite appris que même si la somme de 9 074 061,70 \$US avait été versée en fiducie à Mills pour la livraison d'or, il n'existait aucune mine d'or ni aucune production d'or pour remplir les obligations stipulées dans les contrats de livraison d'or. En date du 15 mai 1990, il ne restait plus que la somme de 109 247,39 \$US dans le compte en fiducie. Ce montant a été saisi par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario.

3

As in *Cooper, supra*, the particulars of the alleged fraud are not at issue in this appeal; what is at issue is the role of the Law Society in allegedly failing “to take any effective steps to ensure that Mills was operating his trust account in the prescribed manner”. The Law Society entered the fray when, in 1989, Mills wrote them a letter regarding the unorthodox use of his own trust account. Based on this disclosure, the Law Society commenced an investigation. The appellants claim that once the Law Society knew the account was being used improperly, the “Law Society had a duty to ensure that Mills operated his trust account according to regulations or alternatively to warn the plaintiffs and the Class that it had chosen to abandon its supervisory jurisdiction”.

4

In the appellants’ view, the Law Society breached its duty of care by failing “to take any effective steps to ensure that Mills was operating his trust account in the prescribed manner”. The appellants allege, in particular, that the Law Society:

- (a) made a decision to investigate allegations of irregularities in the trust account of Palmer Mills but failed to contact Mills to ask for an opportunity to review his books of account, compare the accounts with the Society’s trust accounting regulations or the Public Trustee and freeze the trust account pending notification of the beneficiaries of the account;
- (b) failed to properly investigate facts which, if true, appeared to establish Mills’ breach of the Law Society trust accounting regulations when it knew or ought to have known that Mills had been reported to the Law Society approximately 12 months earlier for alleged breach of trust accounting regulations;
- (c) failed to require Mills to present his trust accounting records for examination and review;
- (d) failed to warn beneficiaries of the trusts of which Mills was trustee that there were grounds for investigating the books of account of the Palmer Mills trust account;

Comme dans l’arrêt *Cooper*, précité, ce ne sont pas les détails de la fraude dénoncée qui sont visés dans le pourvoi, mais plutôt le rôle du Barreau en ce qu’il aurait omis [TRADUCTION] « de prendre toute mesure efficace pour s’assurer que Mills gérait son compte en fiducie de la façon prescrite ». Le Barreau est intervenu en 1989, lorsque Mills lui a écrit une lettre au sujet de l’utilisation peu orthodoxe de son propre compte en fiducie. À partir de cette divulgation, le Barreau a entrepris une enquête. Les appellants prétendent que dès lors qu’il était au courant de l’utilisation irrégulière du compte, [TRADUCTION] « le Barreau avait l’obligation de s’assurer que Mills gérait son compte en fiducie conformément aux règlements ou, subsidiairement, d’avertir les demandeurs ainsi que la catégorie de personnes visées qu’il avait choisi de renoncer à son rôle de surveillance ».

Selon les appelants, le Barreau a manqué à son obligation de diligence en omettant [TRADUCTION] « de prendre toute mesure efficace pour s’assurer que Mills gérait son compte en fiducie de la façon prescrite ». Les appelants prétendent plus particulièrement que le Barreau :

[TRADUCTION]

- a) a pris la décision d’enquêter sur des allégations d’irrégularités dans le compte en fiducie de Palmer Mills, mais a omis de communiquer avec Mills pour convenir d’une occasion d’examiner ses livres de comptes, de confronter les comptes aux règlements du Barreau régissant la comptabilité en fiducie ou à ceux du curateur public, et de bloquer le compte en fiducie jusqu’à la notification aux bénéficiaires du compte;
- b) a omis d’enquêter adéquatement sur des faits qui, s’ils s’avéraient, semblaient établir le manquement par Mills aux règlements du Barreau régissant la comptabilité en fiducie, alors qu’il savait ou aurait dû savoir que Mills avait été dénoncé au Barreau environ 12 mois plus tôt pour manquement aux règlements régissant la comptabilité en fiducie;
- c) a omis d’ordonner à Mills de produire ses livres comptables du compte en fiducie pour examen et révision;
- d) a omis de prévenir les bénéficiaires des fiducies gérées par Mills de l’existence de motifs justifiant l’examen des livres du compte en fiducie de Palmer Mills;

(e) failed to make a determination that there was reasonable cause to believe that Mills was or may be guilty of misconduct in connection with the trust funds in his possession or under his control and that his trust accounts were being used to facilitate a fraud on the plaintiffs and Class members;

(f) having failed to make the determination that there was reasonable cause to believe that Mills was or may be guilty of misconduct in connection with the trust funds in his possession or under his control, failed to take the necessary steps to ensure that the trust funds were not paid out or dealt with by Mills without leave of a judge of the Ontario Court (General Division);

(g) failed to take any other interim measures pending completion of its investigation to ensure that Mills did not dissipate the trust funds of the plaintiffs and the Class before completion of the investigation;

(h) failed to conduct an investigation audit or spot audit of Mills' trust account to locate errors or inadequacies in Mills' trust accounts, failed to advise Mills of the inadequacies and require that he correct them and report the corrections to it and failed to carry out an in-depth examination and deliver a formal audit report to its Discipline Committee; and

(i) failed to warn the beneficiaries that Mills had a conflict of interest in representing their interests and that their interests were not represented notwithstanding Mills' undertaking.

The appellants also named selling agents, Mills (who has since died) and other defendants in their statement of claim.

II. Judgments

A. *Ontario Court (General Division) (1998), 37 O.R. (3d) 279*

In the Ontario Court (General Division), Sharpe J. allowed the respondent's Rule 21 motion to strike for failure to disclose a cause of action. Sharpe J. first reviewed the jurisprudence predating *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), and *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, on the tort liability of the Law Society and concluded its quasi-judicial function immunized it from liability in negligence. For this point, Sharpe J. relied on *French v. Law Society of Upper Canada*

e) a omis de conclure à l'existence de motifs raisonnables de croire que Mills était ou pouvait être coupable de conduite irrégulière relativement aux fonds en fiducie qui se trouvaient en sa possession ou sous sa responsabilité, et que ses comptes en fiducie servaient à faciliter une exploitation frauduleuse des fonds au détriment des demandeurs et des autres membres de la catégorie;

f) outre l'omission de conclure à l'existence de motifs raisonnables de croire que Mills était ou pouvait être coupable de conduite irrégulière relativement aux fonds en fiducie qui se trouvaient en sa possession ou sous sa responsabilité, a omis de prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que les fonds en fiducie ne seraient pas payés ou utilisés par Mills sans la permission d'un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale);

g) a omis de prendre toute autre mesure provisoire en attendant la conclusion de son enquête de façon à empêcher Mills de dissiper les fonds en fiducie des demandeurs et des autres membres de la catégorie avant la fin de l'enquête;

h) a omis de procéder à une enquête, à une vérification ou à une vérification ponctuelle des comptes en fiducie de Mills afin d'y déceler des erreurs ou des irrégularités, a omis d'avertir Mills des irrégularités et d'exiger qu'il les corrige et lui en signale la correction, et a omis de procéder à un examen en profondeur et de remettre un rapport de vérification officiel à son comité de discipline; et

i) a omis d'avertir les bénéficiaires que Mills en les représentant était en conflit d'intérêts et que leurs intérêts n'étaient pas représentés malgré l'engagement de Mills.

Dans leur déclaration, les appelants ont aussi assigné en justice des agents de placement, Mills (décédé depuis) et d'autres défendeurs.

II. Jugements

A. *Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 37 O.R. (3d) 279*

Le juge Sharpe de la Cour de l'Ontario (Division générale) a accueilli la requête en radiation pour absence de cause d'action qu'avait présentée l'intimé en vertu de la règle 21. Après avoir passé en revue la jurisprudence antérieure aux arrêts *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), et *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, sur la responsabilité civile délictuelle du Barreau, le juge Sharpe a conclu que la fonction quasi judiciaire de celui-ci l'immunisait contre toute

(1975), 61 D.L.R. (3d) 28 (Ont. C.A.), which characterized the Law Society's Discipline Committee as an "adjudicative body" (p. 32), as well as numerous cases, both Canadian and foreign, immunizing bodies such as the Law Society from suit: see especially, *Voratovic v. Law Society of Upper Canada* (1978), 20 O.R. (2d) 214 (H.C.), *Calvert v. Law Society of Upper Canada* (1981), 32 O.R. (2d) 176 (H.C.), *Lee v. Law Society of Upper Canada*, [1994] O.J. No. 1468 (QL) (Gen. Div.), *Carnegie v. Rasmussen Starr Ruddy* (1994), 19 O.R. (3d) 272 (Gen. Div.), at p. 279. In answer to the appellants' claim that the *Anns/Kamloops* test governed the liability of public authorities, Sharpe J. reasoned that the quasi-judicial immunity test from earlier cases had evolved into the policy/operational distinction in *Anns*. Common to both approaches, in his view, was the principle that a "body charged with the exercise of quasi-judicial powers must act in the public interest and must take into account a number of factors, only one of which will be the private interest of individuals such as the plaintiff" (p. 285). On this basis, he held it was "plain and obvious" the appellants would not succeed at trial: *R.D. Belanger & Associates Ltd. v. Stadium Corp. of Ontario Ltd.* (1991), 5 O.R. (3d) 778 (C.A.); *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 977.

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 48 O.R. (3d) 329

6

In the Ontario Court of Appeal, Finlayson J.A. upheld Sharpe J.'s judgment, although he applied the *Anns/Kamloops* test more directly. In his view, even the first branch of *Anns/Kamloops* was a live issue, as "the appellants in this case do not appear to have been involved with Mills in a traditional lawyer-client relationship, but rather dealt with him as part of an investment scheme" (p. 339). On this basis, he doubted whether a sufficient relationship of proximity existed between the appellants and the

responsabilité pour négligence. Il s'est fondé à cet égard sur l'arrêt *French c. Law Society of Upper Canada* (1975), 61 D.L.R. (3d) 28 (C.A. Ont.), lequel avait qualifié le comité de discipline du Barreau [TRADUCTION] « [d']organisme d'arbitrage » (p. 32), ainsi que sur nombre de décisions, canadiennes et étrangères, reconnaissant l'immunité judiciaire d'organismes similaires : voir tout particulièrement *Voratovic c. Law Society of Upper Canada* (1978), 20 O.R. (2d) 214 (H.C.), *Calvert c. Law Society of Upper Canada* (1981), 32 O.R. (2d) 176 (H.C.), *Lee c. Law Society of Upper Canada*, [1994] O.J. No. 1468 (QL) (Div. gén.), *Carnegie c. Rasmussen Starr Ruddy* (1994), 19 O.R. (3d) 272 (Div. gén.), p. 279. En réponse à la prétention des appelants selon laquelle le critère énoncé dans les arrêts *Anns* et *Kamloops* régissait la responsabilité des autorités publiques, le juge Sharpe a conclu que le critère d'immunité quasi judiciaire élaboré dans la jurisprudence antérieure avait évolué vers la distinction entre les politiques et les décisions opérationnelles retenue dans l'arrêt *Anns*. Selon lui, les deux façons d'analyser avaient en commun le principe selon lequel un [TRADUCTION] « organisme investi de pouvoirs quasi judiciaires doit agir dans l'intérêt public et tenir compte de nombre de facteurs, l'intérêt privé de personnes telles que le demandeur n'en constituant qu'un parmi plusieurs » (p. 285). À partir de ce principe, il a conclu qu'il était « évident et manifeste » que les appelants seraient déboutés au procès : *R.D. Belanger & Associates Ltd. c. Stadium Corp. of Ontario Ltd.* (1991), 5 O.R. (3d) 778 (C.A.); *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 977.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 48 O.R. (3d) 329

En Cour d'appel de l'Ontario, le juge Finlayson a confirmé le jugement du juge Sharpe, tout en appliquant plus directement le critère énoncé dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*. Selon lui, même le premier volet de ce critère constituait une question réelle puisque [TRADUCTION] « en l'espèce, les appelants semblent ne pas avoir entretenu avec Mills une relation avocat-client traditionnelle, mais avoir plutôt traité avec lui dans le cadre d'un programme de placement » (p. 339). Il

Law Society. Moving to the second stage, Finlayson J.A. reviewed the cases on quasi-judicial immunity and concluded that the jurisprudence “clearly establishes a judicial immunity from negligence for the Law Society’s discipline process, including the investigative function at the front end” (p. 343). He then took the analysis a step further, asking whether “the conduct of the Secretary in not following through on the complaint received by the Law Society” (p. 343), as opposed to the hearing process itself, constituted an operational decision under *Anns/Kamloops*. In his view, several policy considerations dictated otherwise. First, even at the so-called operational level of the investigation, the *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, required delicate policy choices such as whether to interfere with a member’s practice. Second, it was only reasonable that the judicial immunity extended to Benchers by s. 9 of the *Law Society Act* would also extend to employees who investigate complaints. Third, the tort liability proposed by the appellants would, as in *Cooper, supra*, apply to an indeterminate class of persons for an indeterminate amount: *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 31. For these reasons, Finlayson J.A. concluded that imposing tort liability on the Law Society would, barring *mala fides*, be inconsistent with its “public interest” role (at p. 347):

Following . . . the . . . remarks of Huddart J.A., it seems to me that there are very sound policy reasons for not burdening this judicial or *quasi*-judicial process with a private law duty of care. The public is well-served by refusing to fetter the investigative powers of the Law Society with the fear of civil liability. The invocation by the plaintiffs of the “public interest” role of the Law Society seems to be misconceived as it actually works to undermine their argument. . . . [T]he Law Society cannot meet this obligation if it is required to act according to a private law duty of care to specific individuals such as the appellants. The

doutait donc de l’existence d’un lien suffisamment étroit entre les appelants et le Barreau. Abordant le deuxième volet, le juge Finlayson a passé en revue les arrêts portant sur l’immunité quasi judiciaire et conclu que la jurisprudence [TRADUCTION] « établit clairement une immunité judiciaire à l’égard de la négligence en faveur du processus disciplinaire du Barreau, y compris la fonction d’enquête initiale » (p. 343). Il est ensuite passé à l’étape suivante de l’analyse en posant la question de savoir si [TRADUCTION] « la conduite du secrétaire, en ne donnant pas suite à la plainte reçue par le Barreau » (p. 343), par opposition au processus d’audience lui-même, constituait une décision opérationnelle au sens des arrêts *Anns* et *Kamloops*. À son avis, plusieurs considérations de politique s’y opposaient. En premier lieu, même au niveau dit opérationnel de l’enquête, la *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, ch. L.8, prescrit des choix de politique délicats, comme de savoir s’il y a lieu d’intervenir dans la pratique d’un membre. En deuxième lieu, il n’était que raisonnable que l’immunité judiciaire conférée aux conseillers par l’art. 9 de la *Loi sur le Barreau* s’étende aussi aux employés chargés d’enquêter sur les plaintes. En troisième lieu, la responsabilité délictuelle proposée par les appelants devrait, comme dans l’arrêt *Cooper*, précité, s’appliquer à l’égard d’une catégorie indéterminée de personnes pour un montant indéterminé : *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 31. Pour ces motifs, le juge Finlayson a conclu que l’imposition au Barreau d’une responsabilité civile délictuelle serait, exception faite d’un cas de mauvaise foi, incompatible avec son rôle relatif à l’« intérêt public » (à la p. 347) :

[TRADUCTION] Suivant les remarques du juge Huddart, il me semble exister des raisons de politique très sages pour ne pas imposer à ce processus judiciaire ou quasi judiciaire une obligation de diligence de droit privé. Le public est bien servi par le refus d’entraver les pouvoirs d’enquête du Barreau par la crainte de la responsabilité civile. Le fait pour les appelants d’invoquer le rôle relatif à l’« intérêt public » du Barreau semble inopportun puisqu’il a pour effet d’affaiblir leur argument [. . .] [L]e Barreau ne peut satisfaire à cette obligation s’il est tenu d’agir conformément à une obligation de diligence de droit privé à l’égard de particuliers comme les appelants.

private law duty of care cannot stand alongside the Law Society's statutory mandate and hence cannot be given effect to.

For substantially similar reasons as the British Columbia Court of Appeal in *Cooper*, therefore, Finlayson J.A. dismissed the appeal.

III. Issues

7 1. Does the Law Society of Upper Canada owe a duty of care to persons who deposit money into a solicitor's trust account in respect of losses resulting from misuse of the account?

2. If there is such a duty, are there grounds rooted in policy which would limit or negate the finding of a duty?

IV. Analysis

8 The companion case of *Cooper* outlines the approach in assessing whether a duty of care will be recognized in a given case. Specifically, *Cooper* revisits the *Anns* test and clarifies the express policy components to be considered at each stage.

9 At the first stage of the *Anns* test, the question is whether the circumstances disclose reasonably foreseeable harm and proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. The focus at this stage is on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant, including broad considerations of policy. The starting point for this analysis is to determine whether there are analogous categories of cases in which proximity has previously been recognized. If no such cases exist, the question then becomes whether a new duty of care should be recognized in the circumstances. Mere foreseeability is not enough to establish a *prima facie* duty of care. The plaintiff must also show proximity — that the defendant was in a close and direct relationship to him or her such that it is just to impose a duty of care in the circumstances. Factors giving rise to proximity must be

L'obligation de diligence de droit privé ne peut coexister avec le mandat conféré par la loi au Barreau et, partant, elle ne peut être mise en œuvre.

Pour des motifs essentiellement semblables à ceux qui ont été prononcés par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Cooper*, le juge Finlayson a donc rejeté l'appel.

III. Questions en litige

1. Le Barreau du Haut-Canada a-t-il une obligation de diligence envers les personnes qui déposent des sommes d'argent dans le compte en fiducie d'un avocat et qui subissent des pertes résultant de malversations?

2. Si une telle obligation existe, existe-t-il aussi des motifs fondés sur des considérations de politique qui pourraient la limiter ou l'annuler?

IV. Analyse

L'arrêt connexe *Cooper* précise la façon de déterminer s'il y a lieu de reconnaître une obligation de diligence dans une espèce donnée. Plus précisément, l'arrêt *Cooper* reprend le critère énoncé dans l'arrêt *Anns* et clarifie les éléments de politique précis qui doivent être examinés à chaque étape.

À la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, il s'agit de déterminer si les circonstances dévoilent un préjudice raisonnablement prévisible et un lien de proximité suffisamment étroit pour établir une obligation de diligence *prima facie*. À cette étape, l'accent est mis sur les facteurs découlant du lien entre le demandeur et le défendeur, notamment des considérations de politique générales. Le point de départ de cette analyse consiste à établir s'il existe des catégories analogues d'affaires où les tribunaux ont reconnu l'existence d'un lien étroit. En l'absence de telles décisions, il s'agit de déterminer s'il y a lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence dans les circonstances de l'espèce. La simple prévisibilité ne suffit pas à établir une obligation de diligence *prima facie*. Le demandeur doit aussi prouver l'existence d'un lien étroit — que le défendeur avait avec lui une relation à ce point étroite et directe qu'il est juste de lui imposer une

grounded in the governing statute when there is one, as in the present case.

If the plaintiff is successful at the first stage of *Anns* such that a *prima facie* duty of care has been established (despite the fact that the proposed duty does not fall within an already recognized category of recovery), the second stage of the *Anns* test must be addressed. That question is whether there exist residual policy considerations which justify denying liability. Residual policy considerations include, among other things, the effect of recognizing that duty of care on other legal obligations, its impact on the legal system and, in a less precise but important consideration, the effect of imposing liability on society in general.

V. Application of the Test

The appellants submitted that the Law Society of Upper Canada, as the governing body of the self-regulated legal profession in Ontario, owed a duty of care to persons who deposited money into a solicitor's trust account in respect of losses resulting from misuse of that account. Applying the test expressed in the companion appeal of *Cooper*, we disagree. For substantially the reasons advanced by the Court of Appeal, *per* Finlayson J.A., we find that this is not a proper case in which to find a duty of care.

Examining the first branch of the *Anns* test, whether there presently exists a duty of care, we conclude that this case does not fall within nor is it analogous to any category of cases in which a duty of care has previously been recognized.

The next question is whether this is a situation in which a new duty of care should be recognized. In order to satisfy this requirement, the plaintiff must show foreseeability and proximity. An examination of the governing statute, the *Law Society Act*,

obligation de diligence dans les circonstances. Les facteurs donnant lieu à l'existence d'un lien étroit doivent être fondés sur la loi applicable le cas échéant, comme en l'espèce.

Si, à la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, le demandeur réussit à établir à une obligation de diligence *prima facie* (malgré le fait que l'obligation proposée ne corresponde pas à une catégorie de réparation déjà reconnue), il faut passer à la deuxième étape de ce critère. Il s'agit de savoir s'il existe des considérations de politique résiduelles qui justifient l'annulation de la responsabilité. De telles considérations comprennent notamment l'effet qu'aurait la reconnaissance d'une telle obligation de diligence sur d'autres obligations légales, son incidence sur le système juridique et, d'une façon moins précise mais tout aussi importante, l'effet qu'aurait l'imposition d'une responsabilité sur la société en général.

V. Application du critère

Les appelants prétendent que le Barreau du Haut-Canada avait, en sa qualité d'organisme dirigeant de la profession juridique autoréglémentée en Ontario, une obligation de diligence envers les personnes qui ont déposé des sommes d'argent dans le compte en fiducie d'un avocat en ce qui a trait aux pertes résultant de malversations. Compte tenu du critère énoncé dans l'arrêt connexe *Cooper*, nous ne pouvons retenir cette prétention. Essentiellement pour les motifs invoqués par le juge Finlayson au nom de la Cour d'appel, nous estimons qu'il n'y a pas lieu en l'espèce de reconnaître l'existence d'une obligation de diligence.

En ce qui a trait au premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, à savoir s'il existe actuellement une obligation de diligence, nous concluons que l'espèce ne correspond ni ne ressemble à aucune catégorie d'affaires dans lesquelles les tribunaux ont reconnu l'existence d'une obligation de diligence.

La question suivante est de savoir s'il s'agit d'une situation où il y aurait lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence. Pour satisfaire à cette exigence, le demandeur doit établir la prévisibilité et le lien étroit. Un examen de la loi

10

11

12

13

does not reveal any legislative intent to expressly or by implication impose a private law duty on the Law Society in the facts of this case. It is noteworthy that, as Finlayson J.A. observed, it was not expressly alleged that the appellants, or any members of the class that they propose to represent, were “clients” of Mills in the traditional sense. Instead, the appellants alleged that the duty of the Law Society went beyond a concern for the protection of clients in the traditional sense and extended to the public in general.

14

With reference to the Act, it is apparent that the Law Society regulates the legal profession. Specifically, its responsibilities include the admission standards of the profession (beginning at s. 27), the continuing education of its members (s. 60) and the formulation and enforcement of a code of professional ethics. The appellants argued that a private law duty of care to persons who deposit moneys into a solicitor’s trust account, as members of the public, can be inferred from the Law Society’s statutory public interest mandate. In particular, it is alleged that the Law Society’s investigative and disciplinary powers over its members (beginning at s. 33), ground this duty to persons such as the appellants in the present case. We disagree. The *Law Society Act* is geared for the protection of clients and thereby the public as a whole, it does not mean that the Law Society owes a private law duty of care to a member of the public who deposits money into a solicitor’s trust account. Decisions made by the Law Society require the exercise of legislatively delegated discretion and involve pursuing a myriad of objectives consistent with public rather than private law duties.

15

Safeguards, in addition to a private law duty of care, exist to ensure the protection and compensation of clients as members of the public. These safeguards are expressly provided by the Legislature as a means to compensate for

applicable, c’est-à-dire la *Loi sur le Barreau*, ne laisse voir aucune intention du législateur d’imposer au Barreau, expressément ou implicitement, une obligation de diligence de droit privé relativement aux faits de l’espèce. Il convient de noter, à l’instar du juge Finlayson, qu’il n’est pas expressément allégué que les appelants, ou quelque membre de la catégorie de personnes qu’ils proposent de représenter, ont été des « clients » de Mills au sens traditionnel du terme. Les appelants ont plutôt fait valoir que l’obligation du Barreau excédait un souci de protection des clients au sens traditionnel du terme et s’étendait au public en général.

En ce qui a trait à la Loi, il est manifeste que le Barreau réglemente la profession d’avocat. De façon plus précise, ses responsabilités comprennent notamment les normes d’admission au sein de la profession (art. 27 et suiv.), la formation permanente de ses membres (art. 60) et l’élaboration et la mise en application d’un code déontologique. Les appelants font valoir qu’une obligation de diligence de droit privé envers les personnes qui déposent des sommes d’argent dans le compte en fiducie d’un avocat, à titre de membres du public, peut être inférée du mandat de protection de l’intérêt public conféré au Barreau par la loi. Ils prétendent plus particulièrement que les pouvoirs d’enquête et de discipline du Barreau auprès de ses membres (art. 33 et suiv.) constituent le fondement de cette obligation envers des personnes comme les appelants en l’espèce. Nous ne partageons pas cet avis. La *Loi sur le Barreau* vise la protection des clients et, partant, celle du public dans son ensemble; cela ne signifie pas que le Barreau est tenu à une obligation de diligence de droit privé envers un membre du public qui dépose des sommes d’argent dans le compte en fiducie d’un avocat. Les décisions prises par le Barreau nécessitent l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire délégué par la loi et impliquent la poursuite de multiples objectifs correspondant à des fonctions d’ordre public plutôt que d’ordre privé.

Il existe, outre une obligation de diligence de droit privé, des mesures destinées à assurer la protection et le dédommagement des clients à titre de membres du public. Ces mesures de protection sont expressément prévues par le

economic loss. Examples include a public insurance and/or compensation scheme funded by the profession itself. In this case, the Law Society maintains a Compensation Fund (see s. 51) to compensate for losses sustained as a result of dishonesty by lawyers. The Lawyers' Professional Indemnity Company provides insurance for claims by clients against their lawyers for negligence (see s. 61).

Finally, and perhaps most indicative of the Legislature's intent, the Act provides statutory immunity in s. 9 of the Act which read:

9. No action or other proceedings for damages shall be instituted against the Treasurer or any bencher, official of the Society or person appointed in Convocation for any act done in good faith in the performance or intended performance of any duty or in the exercise or in the intended exercise of any power under this Act, a regulation or a rule, or for any neglect or default in the performance or exercise in good faith of any such duty or power.

Section 9 precludes any inference of an intention to provide compensation in circumstances that fall outside the lawyers' professional indemnity insurance and the lawyers' fund for client compensation.

We conclude that no *prima facie* duty of care arose between the Law Society and the appellants who deposited money into a solicitor's trust account, not as clients but as participants in a third person business promotion.

In light of this conclusion, it is unnecessary to examine the second stage of the *Anns* test. However, had we found the existence of a *prima facie* duty of care at stage one, such duty of care would have been negated by residual policy considerations outside the relationship of the parties. This was the conclusion in *Cooper* and this case is indistinguishable.

législateur comme moyens de compenser des pertes pécuniaires. Une assurance publique ou un fonds d'indemnisation financé par la profession elle-même en sont des exemples. En l'espèce, le Barreau maintient un Fonds d'indemnisation (voir l'art. 51) pour dédommager les victimes d'un préjudice subi en raison de la malhonnêteté d'un avocat. L'assurance-responsabilité professionnelle des avocats prévoit une indemnisation pour les réclamations que les clients peuvent engager contre leurs avocats pour négligence (voir l'art. 61).

Finale­ment, et c'est peut-être là l'élément le plus révélateur de l'intention du législateur, la Loi prévoit une immunité, à l'art. 9 :

9. Sont irrecevables les actions ou autres instances en dommages-intérêts intentées contre le trésorier, les conseillers, les dirigeants du Barreau ou les personnes nommées au Conseil, en raison d'un acte accompli de bonne foi dans l'exercice, réel ou projeté, d'un devoir ou d'une fonction aux termes de la présente loi, d'un règlement ou d'une règle, ou en raison d'une négligence ou d'une omission dans l'exécution, de bonne foi, de ce devoir ou de cette fonction.

L'article 9 exclut toute inférence d'une intention de prévoir un dédommagement dans des circonstances qui sortent du cadre de l'assurance-responsabilité professionnelle des avocats et du fonds d'indemnisation des clients des avocats.

Nous concluons qu'aucune obligation de diligence *prima facie* n'est née entre le Barreau et les appelants, qui ont déposé des sommes d'argent dans le compte en fiducie d'un avocat non en qualité de clients, mais plutôt à titre de participants à la promotion commerciale d'une tierce personne.

Compte tenu de cette conclusion, il n'y a pas lieu d'examiner le deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*. Toutefois, si nous avions conclu dès le premier volet à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, celle-ci aurait été annulée par des considérations de politique résiduelles extérieures au lien entre les parties. Telle était la conclusion dans l'arrêt *Cooper* et la présente espèce ne saurait en être distinguée.

16

17

18

19

20

In the result the judgment of the Ontario Court of Appeal is affirmed and the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: McCague, Wires, Peacock, Borlack, McInnis & Lloyd, Toronto.

Solicitors for the respondent: Borden Ladner Gervais, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Ontario Securities Commission: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario est donc confirmé et le pourvoi rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : McCague, Wires, Peacock, Borlack, McInnis & Lloyd, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Borden Ladner Gervais, Toronto.

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

Procureur de l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Her Majesty The Queen in Right of Ontario *Appellant*

v.

974649 Ontario Inc. c.o.b. as Dunedin Construction (1992) and Bob Hoy *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta and the Criminal Lawyers' Association of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. v. 974649 ONTARIO INC.

Neutral citation: 2001 SCC 81.

File No.: 27084.

2000: December 6; 2001: December 6.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Provincial offences courts — Whether justice of the peace acting under provincial offences legislation has power to order costs against Crown for Charter breach — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. P.33.

The respondents were charged under the Ontario *Occupational Health and Safety Act* with failing to comply with safety requirements on a construction project. The respondents requested that the appellant Crown disclose, among other items, a copy of the Prosecution Approval Form. The Crown twice refused to disclose the form on the ground that it was protected by solicitor-client privilege. A justice of the peace acting as a trial justice under the *Provincial Offences Act* ("POA") held that the Crown's failure to disclose this form amounted to a violation of the respondents' rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The justice of the peace

Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario *Appelante*

c.

974649 Ontario Inc. faisant affaire sous le nom de Dunedin Construction (1992) et Bob Hoy *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta et la Criminal Lawyers' Association of Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. 974649 ONTARIO INC.

Référence neutre : 2001 CSC 81.

N° du greffe : 27084.

2000 : 6 décembre; 2001 : 6 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Tribunal des infractions provinciales — Le juge de paix agissant en vertu de la Loi sur les infractions provinciales a-t-il le pouvoir de condamner la Couronne aux dépens en cas de violation de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33.

Les intimés ont été accusés, en vertu de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* de l'Ontario, de ne pas avoir respecté les règles de sécurité sur un chantier de construction. Ils ont demandé à la Couronne de leur communiquer, entre autres choses, une copie du formulaire autorisant l'engagement de poursuites. La Couronne a, à deux reprises, refusé de communiquer ce document, invoquant le secret professionnel de l'avocat. Le juge de paix qui a présidé le procès en vertu de la *Loi sur les infractions provinciales* (« LIP ») a conclu que le défaut de la Couronne de communiquer le formulaire en question constituait une atteinte aux droits garantis aux

ordered the Crown to disclose the form and to pay the costs of the respondents' disclosure motion. The Crown disclosed the form, but successfully applied to the Ontario Court (General Division) to have the order for costs quashed on the basis that a provincial offences court is not a "court of competent jurisdiction" to direct such an order under s. 24(1) of the *Charter*. The Court of Appeal held that a justice operating under the *POA* does have the power to issue such an order and allowed the appeal. It remanded the case to the General Division to determine whether in the circumstances of the case he erred in granting costs.

Held: The appeal should be dismissed. A justice of the peace presiding at a trial under the *POA* has power to order legal costs against the Crown for a *Charter* breach.

If a government action is inconsistent with the *Charter*, s. 24 provides remedies for the inconsistency. Section 24(1) permits a "court of competent jurisdiction" to provide "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". A "court of competent jurisdiction" is one that possesses (1) jurisdiction over the person; (2) jurisdiction over the subject matter; and (3) jurisdiction to grant the remedy. The court should interpret s. 24 of the *Charter* to facilitate direct access to appropriate and just *Charter* remedies, while respecting the structure and practice of the existing court system and the exclusive role of Parliament and the legislatures in prescribing the jurisdiction of courts and tribunals.

A legislative grant of remedial power under s. 24 may be either express or implied. A "functional and structural" approach to determining whether a tribunal is competent to grant *Charter* remedies under s. 24(2) accords with the approach to discerning the implied powers of statutory bodies; with the test established for determining whether a tribunal has jurisdiction to consider *Charter* issues under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*; and with the principles underlying s. 24. It strikes a balance between meaningful access to *Charter* relief and deference to the role of the legislatures, and promotes direct and early access to *Charter* remedies in forums competent to issue such relief. At the same time, Parliament and the legislatures, subject to constitutional constraints, may expressly or impliedly withhold the power to grant any or all *Charter* remedies. Whether Parliament or

intimés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de paix a ordonné à la Couronne de communiquer le formulaire et de payer aux intimés les dépens afférents à leur requête en communication. La Couronne a communiqué le formulaire, mais a demandé avec succès à la Cour de l'Ontario (Division générale) l'annulation de l'ordonnance la condamnant aux dépens, pour le motif que le tribunal des infractions provinciales n'était pas un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la *Charte* pour rendre une telle ordonnance. La Cour d'appel de l'Ontario a estimé que le juge agissant en vertu de la *LIP* avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance et a accueilli l'appel. Elle a renvoyé l'affaire à la Division générale pour que celle-ci décide si, eu égard aux circonstances de l'espèce, le juge avait fait erreur en accordant les dépens.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Le juge de paix qui préside un procès en vertu de la *LIP* a le pouvoir de condamner la Couronne à payer les frais de justice en cas de violation de la *Charte*.

Si un acte du gouvernement est contraire à la *Charte*, l'art. 24 établit le droit d'obtenir réparation à cet égard. Le paragraphe 24(1) permet à « un tribunal compétent » d'accorder « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Un « tribunal compétent » est un tribunal qui a (1) compétence sur l'intéressé, (2) compétence sur l'objet du litige, et (3) compétence pour accorder la réparation demandée. Les tribunaux doivent interpréter l'art. 24 d'une manière propre à faciliter l'accès direct aux réparations convenables et justes prévues par la *Charte*, tout en respectant la structure et les pratiques du système judiciaire existant ainsi que le rôle qui appartient en exclusivité au Parlement et aux législatures, savoir celui de fixer la compétence des tribunaux judiciaires et administratifs.

Le pouvoir de réparation visé à l'art. 24 peut être accordé de façon explicite ou implicite dans une loi. L'approche « fonctionnelle et structurelle » appliquée pour déterminer si un tribunal a compétence pour accorder des réparations en vertu du par. 24(2) de la *Charte* est compatible avec l'approche générale permettant de reconnaître les pouvoirs implicites des organismes créés par une loi, avec le critère établi pour décider si un tribunal est compétent pour examiner les questions relatives à la *Charte* au regard du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et avec les principes qui sous-tendent l'art. 24. L'approche fonctionnelle et structurelle permet de réaliser l'équilibre entre l'accès concret aux réparations prévues par la *Charte* et la déférence envers le rôle des législatures, en plus de favoriser l'accès direct et rapide aux réparations fondées sur la *Charte* devant

a legislature intended to exclude a particular remedial power is determined by reference to the function the legislature has asked the tribunal to perform and the powers and processes with which it has furnished it.

Applying this approach to the *POA* suggests that provincial offences courts have power to award costs under s. 24(1). As quasi-criminal courts, they are the preferred forum, in terms of information, for issuing *Charter* remedies in cases before them, particularly where the *Charter* violation relates to the conduct of the trial. The legislature has given them a full complement of criminal law remedies to fill gaps in statutory jurisdiction, and to ensure that the remedy that ultimately flows is in fact both appropriate and just. Costs awards to discipline untimely disclosure are integrally connected to the function of the provincial offences court as a quasi-criminal trial court. Fracturing the availability of *Charter* remedies between provincial offences courts and superior courts could, in some circumstances, effectively deny the accused access to a remedy and a court of competent jurisdiction. The provincial offences court has detailed procedural rules, and abides by the standard rules of evidence. Judicial independence is required of justices of the peace. They receive legal training. The court's rulings are subject to appellate review, and there can be interveners on this appeal. Various considerations suggest that the fashioning of costs orders as a *Charter* remedy may be safely entrusted to provincial offences courts.

In sum, the function and structure of the *POA* indicate that the legislature intended the *POA* court to deal with *Charter* issues incidental to its process that it is suited to resolve. *POA* justices may thus be assumed, absent a contrary indication, to possess the power to order payment of legal costs by the Crown as a remedy for *Charter* violations arising from untimely disclosure.

des juridictions compétentes pour les accorder. Par ailleurs, sous réserve des limites d'ordre constitutionnel, le Parlement et les législatures peuvent priver explicitement ou implicitement un tribunal du pouvoir d'accorder soit toute réparation fondée sur la *Charte* soit l'une ou l'autre de ces réparations. Pour décider si le Parlement ou la législature concernée entendait exclure un pouvoir de réparation donné, on examine la fonction qu'il a demandé au tribunal d'accomplir, ainsi qu'aux pouvoirs et procédures dont celui-ci a été doté.

L'application de cette approche à la *LIP* suggère que le tribunal des infractions provinciales a le pouvoir d'accorder les dépens en vertu du par. 24(1). En tant que juridiction quasi criminelle, le tribunal des infractions provinciales constitue, du point de vue de la connaissance des faits, la juridiction privilégiée pour accorder des réparations fondées sur la *Charte* dans les affaires introduites devant lui, particulièrement lorsque la violation de la *Charte* est liée au déroulement du procès. La législature l'a doté de toute la panoplie des réparations du droit criminel pour suppléer aux lacunes de la compétence prévue par la loi et pour garantir que la réparation accordée en bout de ligne soit dans les faits convenable et juste. Le prononcé d'une condamnation aux dépens pour sanctionner la communication tardive d'éléments de preuve fait partie intégrante du rôle du tribunal des infractions provinciales en tant que cour de juridiction quasi criminelle. Le fait de diviser entre le tribunal des infractions provinciales et les cours supérieures le pouvoir d'ordonner des réparations fondées sur la *Charte* pourrait avoir pour effet, dans certains cas, d'empêcher concrètement l'accusé d'avoir accès à une réparation et à un tribunal compétent. Le tribunal des infractions provinciales dispose de ses propres règles de procédure détaillées et il suit les règles de preuve ordinaires. Les juges de paix doivent être indépendants. Ils reçoivent une formation juridique. Les décisions du tribunal sont susceptibles de révision par voie d'appel et des intervenants peuvent participer à cet appel. Diverses considérations tendent à indiquer qu'on peut confier sans risque au tribunal des infractions provinciales la responsabilité d'élaborer des ordonnances en matière de dépens en tant que réparation fondée sur la *Charte*.

En résumé, la fonction et la structure de la *LIP* indiquent que la législature entendait que le tribunal de la *LIP* examine les questions incidentes liées à la *Charte* qui surviennent dans le cours de ses procédures et qu'il est apte à résoudre. Sauf indication contraire, on peut donc présumer que les juges de la *LIP* possèdent le pouvoir d'ordonner à la Couronne de payer les frais de justice à titre de réparation pour les violations de la *Charte* découlant du défaut de communiquer la preuve en temps utile.

Cases Cited

Followed: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; **referred to:** *R. v. Mardave Construction (1990) Ltd.*, Ont. Ct. (Prov. Div.), January 10, 1994; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447; *Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 S.C.R. 32; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *R. v. Pang* (1994), 95 C.C.C. (3d) 60; *Tataryn v. Tataryn Estate*, [1994] 2 S.C.R. 807; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *National Energy Board Act (Can.) (Re)*, [1986] 3 F.C. 275; *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *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; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568; *R. v. Pawlowski* (1993), 12 O.R. (3d) 709; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Regan* (1999), 137 C.C.C. (3d) 449; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Jedyneck* (1994), 16 O.R. (3d) 612; *R. v. Dodson* (1999), 70 C.R.R. (2d) 65; *R. v. Robinson* (1999), 142 C.C.C. (3d) 303; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. I.11, s. 4.

Jurisprudence

Arrêts suivis : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mardave Construction (1990) Ltd.*, C. Ont. (Div. prov.), 10 janvier 1994; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447; *Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *R. c. Pang* (1994), 95 C.C.C. (3d) 60; *Tataryn c. Succession Tataryn*, [1994] 2 R.C.S. 807; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Loi sur l'Office national de l'énergie (Can.) (Re)*, [1986] 3 C.F. 275; *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 C.F. 601; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *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; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568; *R. c. Pawlowski* (1993), 12 O.R. (3d) 709; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Regan* (1999), 137 C.C.C. (3d) 449; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Jedyneck* (1994), 16 O.R. (3d) 612; *R. c. Dodson* (1999), 70 C.R.R. (2d) 65; *R. c. Robinson* (1999), 142 C.C.C. (3d) 303; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Kourtesis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 24.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi d'interprétation, L.R.O. 1990, ch. I.11, art. 4.

Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. P.33, ss. 2(1), 90.

Rules of the Court of Appeal in Appeals Under the Provincial Offences Act, O. Reg. 721/94, Rule 21(1).

Rules of the Ontario Court (Provincial Division) in Provincial Offences Proceedings, R.R.O. 1990, Reg. 200.

Authors Cited

Drinkwater, W. Douglas, and J. Douglas Ewart. *Ontario Provincial Offences Procedure*. Toronto: Carswell, 1980.

Halsbury's Laws of England, vol. 44(1), 4th ed. (reissue). By Lord Hailsham of St. Marylebone. London: Butterworths, 1995.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2000, release 1).

Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vols. 3 and 4. Toronto: Carswell, 1988 (loose-leaf updated 2001, release 1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 42 O.R. (3d) 354, 166 D.L.R. (4th) 593, 114 O.A.C. 258, 130 C.C.C. (3d) 1, 39 C.C.E.L. (2d) 1, 58 C.R.R. (2d) 1, [1998] O.J. No. 4735 (QL), allowing the appellant's appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division) (1995), 25 O.R. (3d) 420, 101 C.C.C. (3d) 48, [1995] O.J. No. 2330 (QL), granting the appellant's application for judicial review. Appeal dismissed.

Hart Schwartz and Line Forestier, for the appellant.

Norman A. Keith and Rebecca K. Saturley, for the respondents.

Nancy L. Irving and Peter De Freitas, for the intervener the Attorney General of Canada.

George H. Copley, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *James A. Bowron*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Kent Roach, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33, art. 2(1), 90.

Règles de la Cour d'appel relatives aux appels interjetés en vertu de la Loi sur les infractions provinciales de l'Ontario, Règl. de l'Ont. 721/94, règle 21(1).

Rules of the Ontario Court (Provincial Division) in Provincial Offences Proceedings, R.R.O. 1990, Règl. 200.

Doctrine citée

Drinkwater, W. Douglas, and J. Douglas Ewart. *Ontario Provincial Offences Procedure*. Toronto : Carswell, 1980.

Halsbury's Laws of England, vol. 44(1), 4th ed. (reissue). By Lord Hailsham of St. Marylebone. London : Butterworths, 1995.

Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2000, release 1).

Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vols. 3 and 4. Toronto : Carswell, 1988 (loose-leaf updated 2001, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 42 O.R. (3d) 354, 166 D.L.R. (4th) 593, 114 O.A.C. 258, 130 C.C.C. (3d) 1, 39 C.C.E.L. (2d) 1, 58 C.R.R. (2d) 1, [1998] O.J. No. 4735 (QL), qui a accueilli un appel d'une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1995), 25 O.R. (3d) 420, 101 C.C.C. (3d) 48, [1995] O.J. No. 2330 (QL), qui avait fait droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelante. Pourvoi rejeté.

Hart Schwartz et Line Forestier, pour l'appelante.

Norman A. Keith et Rebecca K. Saturley, pour les intimés.

Nancy L. Irving et Peter De Freitas, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

George H. Copley, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *James A. Bowron*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Kent Roach, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

THE CHIEF JUSTICE —

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

I. Introduction

1 This appeal raises the issue of whether a provincial court justice acting under the Ontario *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33 (“POA”), has the power to order costs against the Crown for failure to comply with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. While on its face a matter of procedure, the issue is of importance. To the extent that it is difficult or impossible to obtain remedies for *Charter* breaches, the *Charter* ceases to be an effective instrument for maintaining the rights of Canadians.

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le juge agissant en vertu de la *Loi sur les infractions provinciales* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.33 (« LIP »), peut condamner la Couronne aux dépens pour cause de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bien qu’il s’agisse à première vue d’une question d’ordre procédural, elle n’en est pas moins importante. Dans la mesure où il est difficile ou impossible d’obtenir réparation en cas de violation de la *Charte*, celle-ci cesse de protéger efficacement les droits des Canadiens.

2 The respondents were charged under the *Occupational Health and Safety Act*, R.S.O. 1990, c. O.1, with failing to comply with safety requirements on a construction project. The prosecution proceeded. The respondents requested that the Crown disclose, among other items, a copy of the Prosecution Approval Form. This form is routinely prepared by Ministry of Labour inspectors when deciding whether to lay charges under the *Occupational Health and Safety Act*. The Crown twice refused to disclose the form on the ground that it was protected by solicitor-client privilege. A justice of the peace acting as a trial justice under the *POA* held that the Crown’s failure to disclose this form amounted to a violation of the respondents’ rights under the *Charter*.

Les intimés ont été accusés, en vertu de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, L.R.O. 1990, ch. O.1, de ne pas avoir respecté les règles de sécurité sur un chantier de construction. Des poursuites ont été intentées. Les intimés ont demandé à la Couronne de leur communiquer, entre autres choses, une copie du formulaire autorisant l’engagement de poursuites. Les inspecteurs du ministère du Travail remplissent systématiquement ce formulaire lorsqu’ils décident de l’à-propos de porter des accusations en vertu de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*. La Couronne a, à deux reprises, refusé de communiquer ce document, invoquant le secret professionnel de l’avocat. Le juge de paix qui a présidé le procès en vertu de la *LIP* a conclu que le défaut de la Couronne de communiquer le formulaire en question constituait une atteinte aux droits garantis par la *Charte* aux intimés.

3 The justice of the peace ordered the Crown to disclose the form and to pay the costs of the respondents’ disclosure motion. The Crown disclosed the form, but successfully applied to have the order for costs quashed on the basis that a provincial offences court is not a “court of competent jurisdiction” to direct such an order under s. 24(1) of the *Charter*. The Ontario Court of Appeal held that a justice

Il a ordonné à la Couronne de communiquer le formulaire et de payer aux intimés les dépens afférents à leur requête en communication. La Couronne a communiqué le formulaire, mais a demandé avec succès l’annulation de l’ordonnance la condamnant aux dépens pour le motif que le tribunal des infractions provinciales n’était pas un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la

operating under the *POA* does have the power to issue such an order and allowed the appeal. The Crown appeals that order to this Court.

I conclude that a trial justice acting under the Ontario *POA* has power to order legal costs against the Crown for a *Charter* breach.

II. Constitutional and Statutory Provisions

Section 24 of the *Charter* provides as follows:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Section 90 of the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33, provides as follows:

90. (1) The validity of any proceeding is not affected by,

- (a) any irregularity or defect in the substance or form of the summons, warrant, offence notice, parking infraction notice, undertaking to appear or recognizance; or
- (b) any variance between the charge set out in the summons, warrant, parking infraction notice, offence notice, undertaking to appear or recognizance and the charge set out in the information or certificate.

(2) Where it appears to the court that the defendant has been misled by any irregularity, defect or variance mentioned in subsection (1), the court may adjourn the hearing and may make such order as the court considers appropriate, including an order under section 60 for the payment of costs.

Charte pour rendre une telle ordonnance. La Cour d'appel de l'Ontario a estimé que le juge agissant en vertu de la *LIP* avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance et a accueilli l'appel. La Couronne se pourvoit contre cette ordonnance auprès de notre Cour.

Je conclus que les juges qui président les procès en vertu de la *LIP* de l'Ontario ont le pouvoir de condamner la Couronne aux dépens en cas de violation de la *Charte*.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

L'article 24 de la *Charte* est ainsi rédigé :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'article 90 de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, ch. P.33, prévoit ce qui suit :

90 (1) Ne portent pas atteinte à la validité d'une instance :

- a) les irrégularités ou les vices de fond ou de forme dans l'assignation, le mandat, l'avis d'infraction, l'avis d'infraction de stationnement, la promesse de comparaître ou l'engagement;
- b) les divergences entre l'accusation énoncée dans l'assignation, le mandat, l'avis d'infraction de stationnement, l'avis d'infraction, la promesse de comparaître ou l'engagement et celle énoncée dans la dénonciation ou le procès-verbal.

(2) Si le tribunal estime que le défendeur a été induit en erreur par une irrégularité, un vice ou une divergence mentionnées au paragraphe (1), il peut ajourner l'audience et rendre l'ordonnance qu'il juge appropriée, y compris ordonner le paiement de dépens aux termes de l'article 60.

4

5

6

III. Judgments

A. *Ontario Court (Provincial Division)* (March 23, 1995)

7 Justice of the peace Harris found that the Crown had failed in its duty of disclosure by withholding the requested Prosecution Approval Form, but refused to stay the proceedings or quash the charges. Instead, he ordered production of the document to the respondents and awarded costs in the amount of \$2000. In reaching this conclusion, he relied on *R. v. Mardave Construction (1990) Ltd.*, Ont. Ct. (Prov. Div.), January 10, 1994, which held that the disclosure of the Prosecution Approval Form by the Ministry of Labour is an essential element of the Crown's duty of full and complete disclosure.

B. *Ontario Court (General Division)* (1995), 25 O.R. (3d) 420

8 McRae J. of the Ontario Court (General Division) quashed this order on the ground that a provincial offences court does not have jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* to award costs against the Crown for violations of an accused's *Charter* rights. Citing *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, McRae J. held that a POA trial court could constitute a "court of competent jurisdiction" to issue such an award under s. 24(1) only if it enjoyed jurisdiction over the person, jurisdiction over the offence or subject matter, and power to grant the remedy sought. Since the first two elements of this test were clearly satisfied, his analysis addressed the final issue of whether a trial justice operating under the POA is empowered, independently of the *Charter*, to issue an award of costs.

9 McRae J. concluded that the POA does not confer jurisdiction to award legal fees; in fact, he observed that the history and structure of the POA evinced a

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division provinciale)* (23 mars 1995)

Le juge de paix Harris a conclu que la Couronne avait manqué à son obligation en matière de communication de la preuve en ne produisant pas le formulaire autorisant l'engagement de poursuites qui était demandé, mais il a refusé d'ordonner l'arrêt des procédures ou d'annuler les accusations. Il a plutôt ordonné la production du document aux intimés et leur a accordé la somme de 2000 \$ au titre des dépens. Il a tiré cette conclusion en s'appuyant sur l'affaire *R. c. Mardave Construction (1990) Ltd.*, C. Ont. (Div. prov.), 10 janvier 1994, dans laquelle il a été jugé que la communication du formulaire par le ministère du Travail était un aspect essentiel de l'obligation de communication complète et intégrale de la preuve par la Couronne.

B. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1995), 25 O.R. (3d) 420

Le juge McRae de la Cour de l'Ontario (Division générale) a annulé cette ordonnance pour le motif que le tribunal des infractions provinciales n'a pas compétence, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, pour condamner la Couronne aux dépens en cas de violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Se référant à l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge McRae a conclu que la juridiction de jugement dans le cadre d'une instance fondée sur la LIP peut constituer un « tribunal compétent » pour accorder une telle réparation en vertu du par. 24(1), seulement si elle a compétence sur l'intéressé ainsi que sur l'infraction ou l'objet du litige et si elle possède le pouvoir d'accorder la réparation demandée. Comme les deux premiers éléments de ce critère étaient clairement respectés, il a fait porter son analyse sur le dernier point, la question de savoir si le juge président un procès en vertu de la LIP a le pouvoir, indépendamment de la *Charte*, de prononcer une ordonnance relative aux dépens.

Le juge McRae a conclu que la LIP ne conférait pas compétence pour adjuger les frais de justice. En fait, il a souligné que l'historique et l'économie de

clear legislative intention to preclude such awards. Further, he concluded that the Provincial Division, as a statutory court, has no inherent or additional jurisdiction with respect to the award of costs against the Crown in provincial offences proceedings. Absent statutory or inherent jurisdiction to order costs under the *POA*, McRae J. held that such jurisdiction could not flow under s. 24(1). In this regard, he distinguished a series of cases where such jurisdiction was found in provincial courts operating under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, noting that these cases involved the expansion of existing statutory authority to order costs against the Crown. Since the provincial offences court lacked this original jurisdiction, it could not constitute a “court of competent jurisdiction” to order the remedy sought in this case.

C. *Ontario Court of Appeal* (1998), 42 O.R. (3d) 354

The Ontario Court of Appeal, *per* O’Connor J.A., allowed the appeal on the basis that s. 90(2) of the *POA* empowers a provincial offences court to order costs against the Crown, albeit in limited circumstances, and that this sufficed to establish jurisdiction under s. 24(1) to make an award of costs for a *Charter* breach.

O’Connor J.A. noted that the discretion conferred by s. 90(2) on *POA* justices to “make such order as the court considers appropriate” is exceedingly broad on its face. Moreover, he found nothing in the language or scheme of s. 90(2), or the *POA* as a whole, that indicated an intention to limit or restrict the ordinary meaning of this provision. Consequently, he concluded at p. 360 that s. 90(2), unlike the other costs provisions in the *POA*, “confers a broad and general power that includes, but ... is not limited to, ordering the payment of witness costs”. This power extends to the award of legal

la *LIP* faisaient ressortir l’intention claire du législateur de ne pas accorder ce pouvoir. Il a ajouté que, en tant que tribunal créé par une loi, la Division provinciale n’avait aucune compétence inhérente ou supplémentaire l’habilitant à condamner la Couronne aux dépens dans le cadre de procédures relatives aux infractions provinciales. Le juge McRae a estimé que, en l’absence de compétence inhérente ou prévue par la loi permettant de statuer sur les dépens en vertu de la *LIP*, cette compétence ne pouvait découler du par. 24(1). À cet égard, il a distingué la présente affaire d’une série de décisions dans lesquelles il a été jugé que les cours provinciales agissant en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, possédaient cette compétence, soulignant que ces décisions concernaient l’élargissement du pouvoir d’origine législative existant de condamner la Couronne aux dépens. Étant donné que le tribunal des infractions provinciales ne disposait pas de cette compétence initiale, il ne pouvait être un « tribunal compétent » pour ordonner la réparation demandée en l’espèce.

C. *Cour d’appel de l’Ontario* (1998), 42 O.R. (3d) 354

La Cour d’appel de l’Ontario, sous la plume du juge O’Connor, a accueilli l’appel pour le motif que le par. 90(2) de la *LIP* habilitait le tribunal des infractions provinciales à condamner la Couronne aux dépens — quoique dans des circonstances limitées — et que cela suffisait pour établir l’existence de la compétence de prononcer, en vertu du par. 24(1), une ordonnance relative aux dépens en cas de violation de la *Charte*.

Le juge O’Connor a souligné que le pouvoir discrétionnaire de « rendre l’ordonnance qu’il juge appropriée » qui est conféré par le par. 90(2) au juge de la *LIP* est à première vue extrêmement large. Qui plus est, il n’a rien vu dans le texte ou l’économie du par. 90(2) ou dans la *LIP* considérée globalement qui indiquait l’intention de restreindre le sens ordinaire de cette disposition. Il a en conséquence conclu que, contrairement aux autres dispositions relatives aux dépens figurant dans la *LIP*, le par. 90(2) [TRADUCTION] « confère un pouvoir large et général qui permet notamment d’ordonner

costs against the Crown where the court is satisfied that the defendant has been misled by certain procedural irregularities, as set out under s. 90(1).

le paiement des frais des témoins » (p. 360). Ce pouvoir autorise également le tribunal à condamner la Couronne au paiement des frais de justice, lorsqu'il estime que le défendeur a été induit en erreur par certaines irrégularités procédurales prévues au par. 90(1).

12 The remaining question was whether this narrow remedial jurisdiction under the *POA* satisfies the requirement of "power to grant the remedy sought" necessary to constitute a court of competent jurisdiction under s. 24(1). O'Connor J.A. concluded that it did. Even a narrowly prescribed authority to issue a remedy, in his opinion, suffices to enable the court to make the same type of remedial order for a *Charter* breach. Where, as here, a court has the power to make the type of order sought (i.e. for legal costs) independently of the *Charter*, even in very limited circumstances, it also has the power to make the same order for a *Charter* breach under s. 24(1). Having concluded that justice of the peace Harris had jurisdiction to make the costs award for the *Charter* breach, the Court of Appeal remanded the case to the General Division to determine whether in the circumstances of the case he erred in granting costs.

La dernière question à trancher était de savoir si la compétence limitée en matière de réparation prévue par la *LIP* satisfaisait la condition exigeant que le tribunal concerné ait le « pouvoir d'accorder la réparation demandée » nécessaire pour être un tribunal compétent au sens du par. 24(1). Le juge O'Connor a estimé que tel était le cas. À son avis, même un pouvoir de réparation restreint suffit pour habilitier le tribunal à rendre le même genre d'ordonnance réparatrice en cas de violation de la *Charte*. Lorsque, comme en l'espèce, le tribunal a le pouvoir de rendre le genre d'ordonnance demandée (c.-à-d. relative aux frais de justice) indépendamment de la *Charte*, même dans des circonstances très limitées, il a également le pouvoir de rendre la même ordonnance en vertu du par. 24(1) pour cause de violation de la *Charte*. Ayant conclu que le juge de paix Harris avait compétence pour adju-ger les dépens à l'égard de la violation de la *Charte*, la Cour d'appel a renvoyé l'affaire à la Division générale pour que celle-ci décide si, eu égard aux circonstances de l'espèce, le juge de paix Harris avait fait erreur en les accordant.

IV. Issue

IV. La question en litige

13 The sole issue is whether a trial justice acting under the *Ontario Provincial Offences Act* has the power to award costs for a *Charter* breach.

La seule question en litige est de savoir si le juge qui préside un procès en vertu de la *Loi sur les infractions provinciales* de l'Ontario a le pouvoir d'adju-ger les dépens pour cause de violation de la *Charte*.

V. Analysis

V. L'analyse

14 The *Charter* guarantees the fundamental rights and freedoms of all Canadians. It does this through two kinds of provisions. The first are provisions describing the rights and freedoms guaranteed. The second are provisions providing remedies or sanctions for breaches of these rights. If a law is inconsistent with the *Charter*, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* provides that it is invalid to the extent of

La *Charte* garantit les droits et libertés fondamentaux de tous les Canadiens. Elle le fait au moyen de deux types de dispositions. Les premières décrivent les droits et libertés garantis. Les deuxièmes établissent les réparations ou sanctions applicables en cas d'atteintes à ces droits. Les dispositions de toute règle de droit incompatibles avec la *Charte* sont rendues inopérantes par l'effet de

the inconsistency. On the other hand, if a government action is inconsistent with the *Charter*, s. 24 provides remedies for the inconsistency. If the violation produced evidence that the Crown seeks to use against the accused, s. 24(2) provides that the court must exclude the evidence if its admission would bring the administration of justice into disrepute. In other cases, s. 24(1) permits a “court of competent jurisdiction” to provide “such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances”. If a remedy is to be had in the instant case, it must issue under s. 24(1).

The essential issue is whether the trial justice who ordered the Crown to pay costs is a “court of competent jurisdiction” under s. 24(1) to make such an award. This Court has considered the attributes of a “court of competent jurisdiction” on a number of occasions, commencing with its seminal decision in *Mills, supra*. In that case, Lamer J. (as he then was), with whom all agreed on this point, defined a “court of competent jurisdiction” as one that possesses (1) jurisdiction over the person; (2) jurisdiction over the subject matter; and (3) jurisdiction to grant the remedy (p. 890). Subsequent decisions of this Court have affirmed this three-tiered test for identifying the courts and tribunals competent to issue *Charter* remedies under s. 24: *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75. Only where a court or tribunal possesses all three attributes is it considered a “court of competent jurisdiction” for the purpose of ordering the desired *Charter* relief under s. 24.

In the present case, the jurisdiction of the provincial offences court over the parties and the subject matter is uncontested. The dispute between the parties centres on the third and final attribute of a court of competent jurisdiction: the power to grant the remedy sought. In determining whether the POA justice in this case possessed the “power to grant the remedy sought”, namely legal costs, we are guided

l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. D’autre part, si un acte du gouvernement est contraire à la *Charte*, l’art. 24 établit le droit d’obtenir réparation à cet égard. Si la violation a permis d’obtenir des éléments de preuve que la Couronne entend utiliser contre l’accusé, le par. 24(2) prescrit que le tribunal doit les écarter si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Dans les autres cas, le par. 24(1) permet à un « tribunal compétent » d’accorder « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». S’il y a lieu d’accorder une réparation en l’espèce, elle doit l’être en vertu du par. 24(1).

La question fondamentale consiste à déterminer si le juge qui a ordonné à la Couronne de payer les dépens est « un tribunal compétent » au sens du par. 24(1) pour rendre une telle ordonnance. Notre Cour a examiné les attributs d’un « tribunal compétent » à plusieurs reprises depuis son arrêt de principe en la matière, l’arrêt *Mills*, précité. Dans cette affaire, le juge Lamer (plus tard Juge en chef du Canada), avec l’appui des autres juges sur ce point, a défini un « tribunal compétent » comme étant un tribunal qui a (1) compétence sur l’intéressé, (2) compétence sur l’objet du litige, et (3) compétence pour accorder la réparation demandée (p. 890). Dans des arrêts ultérieurs, notre Cour a confirmé ce critère à trois volets permettant d’identifier les tribunaux judiciaires et administratifs qui sont compétents pour accorder des réparations fondées sur l’art. 24 de la *Charte* : *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75. Ce n’est que dans les cas où le tribunal judiciaire ou administratif concerné possède les trois attributs qu’il est considéré comme un « tribunal compétent » pour accorder la réparation voulue en vertu de l’art. 24 de la *Charte*.

En l’espèce, personne ne conteste la compétence du tribunal des infractions provinciales sur les parties et sur l’objet du litige. Le différend entre les parties porte sur le troisième et dernier attribut d’un tribunal compétent : le pouvoir d’accorder la réparation demandée. Pour déterminer si, en l’espèce, le juge de la LIP possédait le « pouvoir d’accorder la réparation demandée », à savoir les frais de justice,

15

16

by the principles set out in previous decisions, and the approach these decisions mandate to interpreting s. 24 of the *Charter*.

A. *Section 24: Principles of Interpretation*

17 In interpreting the phrase “court of competent jurisdiction”, we must keep in mind four related propositions. These propositions have informed the Court’s approach to s. 24 since it first considered this provision in *Mills*.

18 First, s. 24(1), like all *Charter* provisions, commands a broad and purposive interpretation. This section forms a vital part of the *Charter*, and must be construed generously, in a manner that best ensures the attainment of its objects: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134. Moreover, it is remedial, and hence benefits from the general rule of statutory interpretation that accords remedial statutes a “large and liberal” interpretation: *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447, at p. 458; *Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 S.C.R. 32, at para. 21. Finally, and most importantly, the language of this provision appears to confer the widest possible discretion on a court to craft remedies for violations of *Charter* rights. In *Mills*, McIntyre J. observed at p. 965 that “[i]t is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion”. This broad remedial mandate for s. 24(1) should not be frustrated by a “[n]arrow and technical” reading of the provision (see *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 366).

19 The second proposition flows from the first: s. 24 must be interpreted in a way that achieves its

nous suivons les principes énoncés dans les arrêts antérieurs et l’approche prescrite par ceux-ci aux fins d’interprétation de l’art. 24 de la *Charte*.

A. *L’article 24 : principes d’interprétation*

Dans l’interprétation de l’expression « tribunal compétent », nous devons garder à l’esprit quatre propositions connexes, qui inspirent l’approche appliquée par notre Cour pour l’interprétation de l’art. 24 depuis qu’elle a examiné cette disposition pour la première fois dans l’arrêt *Mills*.

Premièrement, comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, le par. 24(1) commande une interprétation large et téléologique. Il constitue une partie essentielle de la *Charte* et doit être interprété de la manière la plus généreuse qui soit compatible avec la réalisation de son objet : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, p. 1134. Il s’agit en outre d’une disposition réparatrice qui, de ce fait, bénéficie de la règle générale d’interprétation législative selon laquelle les lois réparatrices reçoivent une interprétation « large et libérale » : *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447, p. 458; *Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32, par. 21. Dernière considération et élément le plus important : le texte de cette disposition paraît accorder au tribunal le plus vaste pouvoir discrétionnaire possible aux fins d’élaboration des réparations applicables en cas de violations des droits garantis par la *Charte*. Dans l’arrêt *Mills*, précité, le juge McIntyre a fait remarquer qu’« [i] est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » (p. 965). Il ne faut pas que ce large mandat réparateur du par. 24(1) soit mis en échec par une interprétation « étroite et formaliste » de la disposition (voir *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 366).

La deuxième proposition découle de la première : il faut interpréter l’art. 24 de façon à permettre la

purpose of upholding *Charter* rights by providing effective remedies for their breach. If the Court's past decisions concerning s. 24(1) can be reduced to a single theme, it is that s. 24(1) must be interpreted in a manner that provides a full, effective and meaningful remedy for *Charter* violations: *Mills, supra*, at pp. 881-82 (*per* Lamer J.), p. 953 (*per* McIntyre J.); *Mooring, supra*, at paras. 50-52 (*per* Major J.). As Lamer J. observed in *Mills*, s. 24(1) "establishes the right to a remedy as the foundation stone for the effective enforcement of *Charter* rights" (p. 881). Through the provision of an enforcement mechanism, s. 24(1) "above all else ensures that the *Charter* will be a vibrant and vigorous instrument for the protection of the rights and freedoms of Canadians" (p. 881).

Section 24(1)'s interpretation necessarily resonates across all *Charter* rights, since a right, no matter how expansive in theory, is only as meaningful as the remedy provided for its breach. From the outset, this Court has characterized the purpose of s. 24(1) as the provision of a "direct remedy" (*Mills, supra*, p. 953, *per* McIntyre J.). As Lamer J. stated in *Mills*, "[a] remedy must be easily available and constitutional rights should not be 'smothered in procedural delays and difficulties'" (p. 882). Anything less would undermine the role of s. 24(1) as a cornerstone upon which the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are founded, and a critical means by which they are realized and preserved.

The third proposition guiding the interpretation of s. 24 is that subs. (1) and (2) must be read together to create a harmonious interpretation. The conjunction of the two subsections, one dealing with remedies in general and the other dealing with exclusion of evidence that would bring the administration of justice into disrepute, suggests that both are concerned with providing remedies for *Charter* breaches. Moreover, the remedies under each of the two subsections are confined to "court[s] of competent jurisdiction". Thus this phrase must be

réalisation de son objet, qui est de protéger les droits garantis par la *Charte* en assurant des réparations efficaces en cas d'atteintes à ceux-ci. Si la jurisprudence de notre Cour concernant le par. 24(1) peut être réduite à un thème, on peut dire que le par. 24(1) doit être interprété de manière à assurer une réparation complète, efficace et utile à l'égard des violations de la *Charte* : *Mills*, précité, p. 881-882 (le juge Lamer), p. 953 (le juge McIntyre); *Mooring*, précité, par. 50-52 (le juge Major). Comme l'a indiqué le juge Lamer dans l'arrêt *Mills*, le par. 24(1) « fait du droit à une réparation la pierre angulaire de la mise en œuvre effective des droits accordés par la *Charte* » (p. 881). C'est l'établissement d'une voie de recours par le par. 24(1) qui « avant tout fera de la *Charte* un instrument éloquent et vigoureux de protection des droits et des libertés des Canadiens » (p. 881).

L'effet de l'interprétation du par. 24(1) se répercute nécessairement sur tous les droits garantis par la *Charte*, puisqu'un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus. Dès le départ, notre Cour a jugé que le par. 24(1) avait pour objet de fournir une « réparation directe » (*Mills*, précité, p. 953, le juge McIntyre). Pour reprendre les propos du juge Lamer dans l'arrêt *Mills*, « [l]a réparation doit pouvoir s'obtenir facilement et les droits constitutionnels ne devraient pas être [TRADUCTION] "étouffés dans les délais et les difficultés de procédure" » (p. 882). Exiger moins minerait le rôle que joue le par. 24(1) en tant que pierre angulaire sur laquelle reposent les droits et libertés garantis par la *Charte* et que mécanisme essentiel à leur concrétisation et à leur protection.

Selon la troisième proposition guidant l'interprétation de l'art. 24, les par. 24(1) et (2) doivent être lus en corrélation pour créer une interprétation harmonieuse. La combinaison des deux paragraphes, l'un portant sur les réparations en général et l'autre sur l'exclusion des éléments de preuve susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice, tend à indiquer qu'ils visent tous deux à fournir des réparations à l'égard des violations de la *Charte*. De plus, seuls les « tribuna[ux] compétent[s] » peuvent accorder les réparations

interpreted in a way that produces just and workable results for both the grant of general remedies and the exclusion of evidence in particular.

22 The final proposition is that s. 24 should not be read so broadly that it endows courts and tribunals with powers that they were never intended to exercise. The jurisdictions of Canada's various courts and tribunals are fixed by Parliament and the legislatures, not by judges: *Mills, supra*, at p. 952 (*per* McIntyre J.). It is Parliament or the legislature that determines if a court or tribunal is a "court of competent jurisdiction": *Weber, supra*, at para. 65. Legislative intention is the guiding light in identifying courts of competent jurisdiction.

23 As McIntyre J. cautioned in *Mills, supra*, at p. 953, the *Charter* was not intended to "turn the Canadian legal system upside down". The task facing the court is to interpret s. 24(1) in a manner that provides direct access to *Charter* remedies while respecting, so far as possible, "the existing jurisdictional scheme of the courts": *Mills*, at p. 953 (*per* McIntyre J.); see also the comments of La Forest J. (at p. 971) and Lamer J. (at p. 882) in the same case; and *Weber, supra*, at para. 63. The framers of the *Charter* did not intend to erase the constitutional distinctions between different types of courts, nor to intrude on legislative powers more than necessary to achieve the aims of the *Charter*.

24 In summary, the task of the court in interpreting s. 24 of the *Charter* is to achieve a broad, purposive interpretation that facilitates direct access to appropriate and just *Charter* remedies under ss. 24(1) and (2), while respecting the structure and practice of the existing court system and the exclusive role of Parliament and the legislatures in prescribing the jurisdiction of courts and tribunals. With these

prévues par ces deux paragraphes. Par conséquent, il faut interpréter cette expression de façon à produire des résultats justes et applicables en ce qui concerne l'octroi de réparations en général et l'exclusion d'éléments de preuve en particulier.

Conformément à la dernière proposition, l'art. 24 ne doit pas être interprété de façon si large qu'il aurait pour effet d'investir les tribunaux judiciaires et administratifs de pouvoirs qu'ils n'ont jamais été censés exercer. Ce sont le Parlement et les législatures, et non pas les juges, qui définissent la compétence des différents tribunaux judiciaires et administratifs canadiens : *Mills*, précité, p. 952 (le juge McIntyre). C'est le Parlement ou la législature concernée qui décide si un tribunal judiciaire ou administratif est un « tribunal compétent » : *Weber*, précité, par. 65. L'intention du législateur est le phare qui permet d'identifier les tribunaux compétents.

Conformément à la mise en garde faite par le juge McIntyre dans l'arrêt *Mills*, précité, p. 953, la *Charte* n'est pas censée « provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien ». Les tribunaux ont pour tâche d'interpréter le par. 24(1) de manière à permettre aux justiciables d'avoir accès directement aux réparations prévues par la *Charte*, tout en respectant, dans la mesure du possible, « le régime existant de compétence des tribunaux » : *Mills*, p. 953 (le juge McIntyre); voir aussi les commentaires des juges La Forest (à la p. 971) et Lamer (à la p. 882) dans le même arrêt; et *Weber*, précité, par. 63. Les rédacteurs de la *Charte* ne voulaient pas supprimer les distinctions que fait la Constitution entre les différents types de tribunaux ni empiéter plus que de besoin sur les pouvoirs législatifs pour réaliser les objectifs de la *Charte*.

En résumé, le tribunal appelé à interpréter l'art. 24 de la *Charte* doit faire une interprétation large et téléologique, propre à faciliter l'accès direct aux réparations convenables et justes prévues par les par. 24(1) et (2) de la *Charte*, tout en respectant la structure et les pratiques du système judiciaire existant ainsi que le rôle qui appartient en exclusivité au Parlement et aux législatures, savoir celui de fixer

guiding principles in mind, I return to the question at the heart of this appeal: when does a court or tribunal possess “power to grant the remedy sought”, such that it satisfies the final branch of the *Mills* test of a court of competent jurisdiction?

B. *When Does a Court or Tribunal Have the “Power to Grant the Remedy Sought”?*

Whether a court or tribunal enjoys the “power to grant the remedy sought” is, first and foremost, a matter of discerning the intention of Parliament or the Legislature. The governing question in every case is whether the legislator endowed the court or tribunal with the power to pronounce on *Charter* rights and to grant the remedy sought for the breach of these rights.

Section 24 does not confer jurisdiction on any court or tribunal; rather, the power of the tribunal to grant the remedy sought must emanate from a source other than the *Charter* itself: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 222. Where, as here, the tribunal in question is a creature of statute, this power must derive from its enabling legislation. It is a fundamental principle that statutory bodies may perform only those tasks assigned to them by Parliament or one of the provincial legislatures, and in performing those tasks they have at their disposal only those powers granted to them expressly or impliedly: *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597, at p. 602; R. W. Macaulay and J. L. H. Sprague, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (loose-leaf), vol. 3, at pp. 23-17 *et seq.* The enactment of the *Charter* did not alter this fundamental tenet: it remains the role of Parliament and the legislatures, and not the judiciary, to assign jurisdiction to the various courts and tribunals comprising our legal system.

la compétence des tribunaux judiciaires et administratifs. Gardant ces principes directeurs à l’esprit, je reviens à la question qui est au cœur du présent pourvoi : Dans quels cas un tribunal judiciaire ou administratif possède-t-il le « pouvoir d’accorder la réparation demandée », respectant ainsi le dernier volet du critère établi dans *Mills* pour déterminer si un organisme donné est un tribunal compétent?

B. *Quand un tribunal judiciaire ou administratif a-t-il le « pouvoir d’accorder la réparation demandée »?*

Pour déterminer si un tribunal judiciaire ou administratif possède le « pouvoir d’accorder la réparation demandée », il faut d’abord et avant tout dégager l’intention du Parlement ou de la législature. La question déterminante dans chaque cas est de savoir si le législateur a investi le tribunal en question du pouvoir de statuer sur les droits garantis par la *Charte* et d’accorder la réparation demandée en cas de violation de ces droits.

L’article 24 n’a pas pour effet de conférer compétence à quelque tribunal judiciaire ou administratif que ce soit; le pouvoir du tribunal d’accorder la réparation demandée doit émaner d’une autre source que la *Charte* elle-même : *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 222. Lorsque, comme en l’espèce, le tribunal a été créé par une loi, ce pouvoir doit découler de la loi habilitante. Selon un principe fondamental, les organismes créés par une loi ne peuvent accomplir que les tâches qui leur ont été confiées par le Parlement ou la législature provinciale concernée et, dans l’exécution de ces tâches, ils ne disposent que des pouvoirs qui leur ont été accordés explicitement ou implicitement : *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597, p. 602; R. W. Macaulay et J. L. H. Sprague, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (éd. feuilles mobiles), vol. 3, p. 23-17 et suiv. L’édiction de la *Charte* n’a pas modifié ce précepte fondamental : il appartient toujours au Parlement et aux législatures, et non pas aux tribunaux, d’attribuer compétence aux tribunaux judiciaires et administratifs qui composent notre système judiciaire.

25

26

27

A legislative grant of remedial power under s. 24 may be either express or implied. It is express, for example, where the court or tribunal's constituting legislation explicitly authorizes the order sought as a remedy for *Charter* violations. Since the majority of existing courts and tribunals originated before the advent of the *Charter*, however, express conferral of authority is likely to prove rare. The more common scenario, and the one presented by the case at bar, arises where the court or tribunal's enabling legislation is silent on the issue of its remedial jurisdiction under the *Charter*. In such cases, the grant of "power to grant the remedy sought" under s. 24, if it exists, must be implied.

28

When is it appropriate to infer a legislative intention to empower a tribunal or court to grant the desired *Charter* relief? This question has elicited divergent responses in the lower courts and in the parties' submissions. Three competing approaches can be articulated. For the purposes of this discussion, they can be identified as the literal approach, the "type of" approach, and the functional and structural approach.

29

The literal approach is the most restrictive. It would recognize jurisdiction in a tribunal to issue a remedy under s. 24 only where that tribunal enjoys inherent or express statutory jurisdiction to grant the *Charter* remedy in question. Absent inherent jurisdiction to issue a *Charter* remedy, it could be found only where spelled out expressly in the tribunal's enabling legislation. This approach would virtually confine the power to grant *Charter* remedies under s. 24 to courts of inherent jurisdiction, since few if any statutory tribunals are endowed with express powers to grant *Charter* remedies. On this approach, the answer to the question of whether the trial justice in this case could make a costs order under s. 24(1) would clearly be no. The difficulty with this approach is that it arguably runs counter

Le pouvoir de réparation visé à l'art. 24 peut être accordé de façon explicite ou implicite dans une loi. Ce pouvoir est explicite quand, par exemple, la loi constitutive du tribunal judiciaire ou administratif concerné autorise explicitement l'ordonnance demandée en tant que réparation pour les violations de la *Charte*. Cependant, comme la plupart des tribunaux judiciaires et administratifs actuels existaient avant l'édiction de la *Charte*, il sera vraisemblablement rare de trouver une disposition attribuant expressément un tel pouvoir. La situation la plus fréquente est celle où, comme en l'espèce, la loi habilitante du tribunal judiciaire ou administratif est muette sur le pouvoir de celui-ci d'accorder des réparations en vertu de la *Charte*. Dans de tels cas, l'attribution du « pouvoir d'accorder la réparation demandée » en vertu de l'art. 24, si ce pouvoir existe, est nécessairement implicite.

Quand convient-il d'inférer que le législateur entendait investir le tribunal judiciaire ou administratif du pouvoir d'accorder la réparation voulue en vertu de la *Charte*? Cette question a reçu des réponses divergentes tant devant les juridictions inférieures que dans les observations des parties. Trois approches distinctes peuvent être dégagées. Pour les fins de la présente analyse, nous les appellerons l'approche littérale, l'approche fondée sur le « genre de réparation » et l'approche fonctionnelle et structurelle.

L'approche littérale est la plus restrictive. Suivant cette méthode, le tribunal aurait compétence pour accorder une réparation donnée en vertu de l'art. 24 uniquement lorsqu'il possède, soit de façon inhérente soit suivant les termes exprès de la loi, compétence pour accorder la réparation fondée sur la *Charte* dont il est question. En l'absence de compétence inhérente autorisant l'octroi d'une réparation fondée sur la *Charte*, la compétence ne peut exister que si la loi habilitante du tribunal la prévoit expressément. Cette approche aurait virtuellement pour effet de réserver aux seuls tribunaux possédant une compétence inhérente le pouvoir d'accorder des réparations en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, puisque peu ou pas de tribunaux créés par une loi sont investis du pouvoir explicite

to the broad remedial purpose of s. 24. Moreover, it renders s. 24(1) redundant. The Crown concedes that this approach to defining “power to grant the remedy sought” is overly restrictive.

The “type of” approach interprets the requirement of “power to grant the remedy sought” less restrictively, as requiring only that the tribunal have the authority to issue the “type of” remedy sought, independently of the *Charter*. On this view, a tribunal can issue the same “type of” remedies under s. 24(1) that it is empowered to issue under statute.

The Ontario Court of Appeal adopted this approach in the present case. O’Connor J.A., for the Court of Appeal, held that statutory authority to grant a particular remedy, even if its exercise is confined to very limited circumstances, is sufficient to empower the court to order the same type of remedy under s. 24(1). Having found that s. 90(2) of the *POA* confers the authority to order legal costs against the Crown, albeit in circumstances limited to addressing procedural irregularities, he concluded that the provincial offences court could order a costs award under s. 24(1) as a remedy for non-disclosure. The Alberta Court of Appeal adopted the same approach to defining the power to grant the remedy sought in *R. v. Pang* (1994), 95 C.C.C. (3d) 60.

This approach has much to recommend it. Intuitively, tribunals should be able to grant *Charter* remedies similar to those they grant in other contexts. Yet it, too, is not without difficulty. The most

d’accorder des réparations fondées sur la *Charte*. Selon cette approche, la réponse à la question de savoir si en l’espèce le juge du procès pouvait, en vertu du par. 24(1), rendre une ordonnance relative aux dépens serait clairement négative. Le problème que crée cette approche est que, peut-on soutenir, elle contrecarre le large objectif réparateur de l’art. 24. En outre, elle rend le par. 24(1) redondant. La Couronne concède que cette façon de définir le « pouvoir d’accorder la réparation demandée » est trop restrictive.

L’approche fondée sur le « genre de réparation » aboutit à une interprétation moins restrictive de la condition exigeant l’existence du « pouvoir d’accorder la réparation demandée », puisqu’elle requiert seulement que le tribunal ait le pouvoir d’accorder le « genre » de réparation demandée, indépendamment de la *Charte*. Selon ce point de vue, le tribunal peut accorder, en vertu du par. 24(1), le même « genre » de réparations que celles qu’il a le pouvoir d’accorder en vertu de la loi.

La Cour d’appel de l’Ontario a retenu cette approche en l’espèce. S’exprimant au nom de la Cour d’appel, le juge O’Connor a estimé que l’existence, dans une loi habilitante, du pouvoir d’accorder une réparation particulière — même si l’exercice de ce pouvoir est restreint à des circonstances très limitées — suffit pour habilitier le tribunal à ordonner le même genre de réparation en vertu du par. 24(1). Ayant jugé que le par. 90(2) de la *LIP* conférait le pouvoir de condamner la Couronne au paiement des frais de justice, quoique seulement en cas d’irrégularités procédurales, il a conclu que le tribunal des infractions provinciales pouvait ordonner le paiement des dépens en vertu du par. 24(1) à titre de réparation pour la non-communication d’éléments de preuve. La Cour d’appel de l’Alberta a adopté la même approche pour définir le pouvoir d’accorder la réparation demandée dans l’arrêt *R. c. Pang* (1994), 95 C.C.C. (3d) 60.

Beaucoup de choses militent en faveur de cette approche. Instinctivement, on serait porté à dire que les tribunaux devraient être habilités à accorder, en vertu de la *Charte*, des réparations

30

31

32

obvious difficulty lies in defining remedial powers of like “type”. How closely must the statutory remedy resemble the *Charter* remedy sought? For example, the respondents argue that witness costs and legal costs are the same “type of” remedy, and that authority under the *POA* to order the former translates into jurisdiction under s. 24(1) to order the latter. Both of the courts below rejected this submission on the ground that these are distinct, rather than analogous, remedies.

analogues à celles qu’ils accordent dans d’autres contextes. Toutefois, cette méthode n’est pas non plus sans problèmes, le plus évident étant la définition des pouvoirs de réparation du même « genre ». Jusqu’à quel point la réparation prévue par la loi doit-elle ressembler à la réparation demandée en vertu de la *Charte*? Par exemple, les intimés prétendent que l’indemnisation des frais des témoins et l’indemnisation des frais de justice constituent le même « genre » de réparation et que le pouvoir que confère la *LIP* d’ordonner le paiement des premiers emporte le pouvoir d’ordonner le paiement des seconds en vertu du par. 24(1). Les deux juridictions inférieures ont rejeté cet argument au motif qu’il s’agit de réparations distinctes plutôt qu’analogues.

33

Similar problems arise from the treatment of statutory limits placed on the court’s authority to issue the remedy sought. O’Connor J.A. treated such limits as irrelevant; once statutory authority for a remedy is found, even if limited to prescribed circumstances, general *Charter* jurisdiction to issue a like remedy follows. Legislative conferral of narrow jurisdiction may thus have the effect of conferring much broader *Charter* jurisdiction. The Crown objects, contending that statutory restrictions imposed on the court’s power to issue a remedy should equally restrict its jurisdiction to issue that remedy under the *Charter*. These difficulties, while perhaps not insurmountable, suggest that the apparent clarity and simplicity of the “type of approach” belie considerable uncertainty.

Des problèmes similaires découlent de la façon dont on considère les restrictions dont la loi pertinente assortit le pouvoir du tribunal d’accorder la réparation demandée. Le juge O’Connor a considéré que ces restrictions n’étaient pas pertinentes; une fois qu’on a trouvé dans la loi le pouvoir d’ordonner une réparation, même si son application est limitée à des circonstances prescrites, il en découle un pouvoir général d’accorder une réparation de ce genre en vertu de la *Charte*. L’existence d’une compétence limitée conférée par la loi peut donc avoir pour effet d’accorder une compétence fondée sur la *Charte* beaucoup plus large. La Couronne conteste cet argument, soutenant plutôt que les restrictions dont la loi assortit le pouvoir du tribunal d’accorder une réparation doivent également s’appliquer à son pouvoir d’accorder cette réparation en vertu de la *Charte*. Bien qu’elles ne soient peut-être pas insurmontables, ces difficultés tendent à indiquer que la clarté et la simplicité apparentes de « l’approche fondée sur le genre de réparation » cachent une incertitude considérable.

34

A second concern with the “type of” approach is that it fails to examine whether the court or tribunal’s process and powers make it an appropriate forum for resolving the *Charter* issues in question. Instead, the “type of” approach mechanically transforms all statutory remedies at a tribunal’s disposal into *Charter* remedies. As a result,

Le deuxième problème que soulève l’approche fondée sur le « genre de réparation » est qu’elle ne tient pas compte de la question de savoir si la procédure et les pouvoirs du tribunal judiciaire ou administratif en font un forum approprié pour trancher les questions relatives à la *Charte* qui lui seraient soumises. Au contraire, cette approche

it risks burdening a tribunal with applications for *Charter* remedies that it is not designed — by virtue of its function, expertise, mandate and process — to fashion, simply because one can point to narrow and carefully circumscribed authority to grant these remedies in its constituent statute. Conversely, this approach could deprive a tribunal of a *Charter* remedy that is manifestly integral to the purpose it serves, simply on the basis that Parliament or the legislatures did not see the need to provide this remedy under statute to address non-*Charter* issues. In sum, the “type of” approach, while attempting to discern legislative intent from the statutory powers conferred upon the tribunal, risks neglecting the larger picture of whether the *Charter* jurisdiction sought will ultimately advance or frustrate the purpose and mandate of the tribunal. Yet, it is this very issue, in my view, that is of paramount concern when determining legislative intent.

This concern leads to the third possible approach to defining “power to grant the remedy sought”. This approach answers the question of whether a court or tribunal has the power to issue the remedy sought by focusing on its function and structure. On this view, it is not necessary that the court or tribunal have the power to grant the precise remedy sought or even a remedy of the same “type”. Although these factors may weigh heavily in the analysis, they are not determinative. The paramount question remains whether the court or tribunal, by virtue of its function and structure, is an appropriate forum for ordering the *Charter* remedy in issue. If so, it can reasonably be inferred, in the absence of any contrary indication, that the legislature intended the court or tribunal to have this remedy at its disposal when

convertit automatiquement en réparations fondées sur la *Charte* toutes les réparations prévues par la loi dont dispose le tribunal. En conséquence, l’application de cette approche risque d’accabler le tribunal de demandes sollicitant des réparations fondées sur la *Charte* qu’il n’est pas conçu — en raison de sa fonction, de son expertise, de son mandat et de sa procédure — pour élaborer, et ce simplement parce qu’on peut trouver dans sa loi constitutive le pouvoir limité et soigneusement circonscrit d’accorder ces réparations. À l’inverse, cette approche pourrait priver le tribunal concerné de la possibilité d’ordonner une réparation fondée sur la *Charte* qui fait manifestement partie intégrante de sa raison d’être, du seul fait que le Parlement ou la législature n’a pas jugé nécessaire de prescrire cette réparation dans la loi à l’égard des questions ne concernant pas la *Charte*. Bref, en tentant de dégager l’intention du législateur à la lumière des pouvoirs confiés par la loi au tribunal, on risque, par l’application de l’approche fondée sur le « genre de réparation », de négliger la question plus large de savoir si la compétence en matière d’application de la *Charte* qu’on invoque aidera ou nuira à la réalisation de l’objet et du mandat du tribunal en bout de ligne. C’est pourtant cette question même qui est, à mon avis, la considération primordiale lorsqu’on détermine l’intention du législateur.

Cette considération mène à la troisième approche susceptible de permettre de définir le « pouvoir d’accorder la réparation demandée ». C’est en s’attachant à la fonction et à la structure du tribunal judiciaire ou administratif concerné que cette approche répond à la question de savoir si celui-ci a le pouvoir d’accorder la réparation demandée. Selon ce point de vue, il n’est pas nécessaire que le tribunal concerné ait le pouvoir d’accorder exactement la réparation qu’on lui demande ni même une réparation du même « genre ». Bien que ces facteurs puissent peser lourdement dans l’analyse, ils ne sont pas déterminants. La question primordiale demeure celle de savoir si, de par sa fonction et sa structure, le tribunal concerné est un forum bien choisi pour ordonner la réparation fondée sur la *Charte* qui est en jeu. Dans l’affirmative, il est raisonnablement

confronted with *Charter* violations that arise in the course of its proceedings. This approach, as I shall discuss in greater detail, is implicit in *Mills* and affirmed in *Weber and Mooring*.

possible d'inférer, en l'absence de toute indication contraire, que le législateur entendait que le tribunal dispose de cette réparation à l'égard des violations de la *Charte* surgissant dans le cours des procédures qui se déroulent devant lui. Comme je vais le préciser, cette approche est contenue implicitement dans l'arrêt *Mills* et elle a été confirmée dans les arrêts *Weber et Mooring*.

36 Parliament and the provincial legislatures premise legislation on the fact that courts and tribunals operate within a legal system governed by the constitutional rights and norms entrenched by the *Charter*. The "functional and structural" approach reflects this premiss. It rests on the theory that where Parliament or a legislature confers on a court or tribunal a function that engages *Charter* issues, and furnishes it with procedures and processes capable of fairly and justly resolving these incidental *Charter* issues, then it must be presumed that the legislature intended the court or tribunal to exercise this power.

Le Parlement et les législatures provinciales fondent leurs lois sur la prémisse que les tribunaux judiciaires et administratifs œuvrent au sein d'un système de justice régi par les droits et les normes constitutionnels consacrés par la *Charte*. L'approche « fonctionnelle et structurelle » reflète cette prémisse. Elle repose sur la théorie voulant que, lorsque le Parlement ou une législature confère à un tribunal judiciaire ou administratif une fonction soulevant des questions relatives à la *Charte* et le dote de procédures propres à lui permettre de trancher de façon juste et équitable ces questions incidentes, il faut présumer que le législateur voulait que le tribunal exerce ce pouvoir.

37 This approach may require some elaboration, particularly as it relates to courts and tribunals constituted prior to the *Charter's* enactment. The relevant provisions of the *POA*, for example, predate the *Charter*. This is likely true of the vast majority of statutes currently governing the operation of courts and tribunals across the nation. Clearly, the remedial jurisdiction of these bodies under s. 24 of the *Charter* could not have entered the contemplation of Parliament or the legislatures at the time these statutes were enacted. Consequently, it might be argued that pre-*Charter* legislation can never evince an implied intention to empower a tribunal to issue *Charter* remedies.

Cette approche exige peut-être certaines précisions, particulièrement en ce qui concerne les tribunaux judiciaires ou administratifs constitués avant l'édiction de la *Charte*. Les dispositions pertinentes de la *LIP*, par exemple, sont antérieures à la *Charte*. C'est probablement le cas de la vaste majorité des lois qui régissent actuellement le fonctionnement des tribunaux judiciaires et administratifs dans l'ensemble du pays. Il est évident que, lorsqu'ils ont édicté ces lois, le Parlement et les législatures ne pouvaient avoir à l'esprit la compétence réparatrice que serait susceptible de conférer à ces organismes l'art. 24 de la *Charte*. En conséquence, il est possible de prétendre qu'on ne peut jamais dégager des lois antérieures à la *Charte* l'intention implicite d'habiliter un tribunal à accorder des réparations fondées sur la *Charte*.

38 This argument, however, rests on an overly narrow view of legislative intention. The intention of Parliament or the legislatures is not frozen for all time at the moment of a statute's enactment, such that a court interpreting the statute is forever

Cet argument repose toutefois sur une interprétation trop restrictive de l'intention du législateur. L'intention du Parlement ou des législatures n'est pas figée à jamais au moment de l'édiction d'une loi, de sorte que les tribunaux interprétant cette loi

confined to the meanings and circumstances that governed on that day. Such an approach risks frustrating the very purpose of the legislation by rendering it incapable of responding to the inevitability of changing circumstances. Instead, we recognize that the law speaks continually once adopted: *Tataryn v. Tataryn Estate*, [1994] 2 S.C.R. 807, at p. 814; see also *Interpretation Act*, R.S.O. 1990, c. I.11, s. 4. Preserving the original intention of Parliament or the legislatures frequently requires a dynamic approach to interpreting their enactments, sensitive to evolving social and material realities. While the courts strive ultimately to give effect to legislative intention, the will of the legislature must be interpreted in light of prevailing, rather than historical, circumstances: see, for example, *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at pp. 727-29 (*per* Iacobucci J.), and pp. 793-94 (*per* L'Heureux-Dubé J., dissenting); *Tataryn, supra*, at pp. 814-15.

It follows that the remedial powers of courts and tribunals — even those that antedate the *Charter* — must be interpreted in light of the *Charter's* enactment. The enactment of the *Charter* was undoubtedly a watershed event in our legal history and tradition — it added a “new dimension to the Canadian legal system” (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 600), ushering in a new regime of constitutional rights and remedies. The *Charter* guaranteed new rights to individuals against government authority; accordingly, “[i]t should not be a matter for surprise that individuals claiming to have such rights assert them before agencies created to provide a speedy determination of their rights in relation to governmental authority”: *Douglas College, supra*, at p. 600 (*per* La Forest J., quoting Desjardins J.A. from *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245 (C.A.), at p. 279). In other words, the *Charter's* enactment necessarily embroiled numerous courts and tribunals in the new regime of *Charter* rights and remedies. The statutory powers of these bodies must be

devraient éternellement s'en tenir aux concepts et circonstances qui avaient cours à cette date. Une telle approche risque de contrecarrer la réalisation de l'objet même visé par la loi en rendant la loi impuissante à réagir aux inévitables changements de circonstances. Au contraire, nous reconnaissons que, après son adoption, la loi a vocation permanente : *Tataryn c. Succession Tataryn*, [1994] 2 R.C.S. 807, p. 814; voir également *Loi d'interprétation*, L.R.O. 1990, ch. I.11, art. 4. Pour préserver l'intention originale du Parlement ou des législatures, il faut fréquemment interpréter leurs textes de loi au moyen d'une approche dynamique et sensible à l'évolution des réalités sociales et matérielles. Bien que les tribunaux visent en dernière analyse à donner effet à l'intention du législateur, la volonté de ce dernier doit être interprétée à la lumière de la situation qui a cours plutôt que des circonstances historiques : voir, par exemple, *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 727-729 (le juge Iacobucci), et p. 793-794 (le juge L'Heureux-Dubé, dissidente); *Tataryn*, précité, p. 814-815.

Il s'ensuit que les pouvoirs réparateurs des tribunaux judiciaires et administratifs — même les tribunaux antérieurs à la *Charte* — doivent être interprétés à la lumière de l'édiction de ce texte. L'édiction de la *Charte* est indubitablement un fait marquant de notre histoire et de notre tradition juridiques — elle a ajouté une « nouvelle dimension au système juridique canadien » (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, p. 600) en introduisant un nouveau régime de droits et réparations constitutionnels. La *Charte* a garanti aux individus de nouveaux droits opposables aux autorités gouvernementales, de sorte qu'il n'y a « [r]ien d'étonnant à ce que des individus, qui prétendent avoir ces droits, les réclament dans des organismes qui ont été créés pour départager de façon expéditive leurs droits vis-à-vis [de] l'administration » : *Douglas College*, précité, p. 600 (le juge La Forest, citant le juge Desjardins dans *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245 (C.A.), p. 279). En d'autres termes, par suite de l'édiction de la *Charte*, de nombreux tribunaux judiciaires et

interpreted in light of this profound shift in the landscape of Canadian law.

40 The *Charter* itself provides insight into how the powers of pre-existing courts and tribunals should be approached. In this regard, I note that the *Charter's* enactment is an expression not only of Parliament's will, but also of that of the respective provincial legislatures by adoption. The common intention was to integrate the new regime of *Charter* rights and remedies into the existing jurisdictional scheme: *Mills, supra*, at p. 953 (*per* McIntyre J.). As La Forest J. observed in *Mills*, at p. 971, the *Charter's* enactment did not mandate "the wholesale invention of a parallel system for the administration of *Charter* rights over and above the machinery already available for the administration of justice". Instead, the framers of the *Charter* intended aggrieved parties to have recourse to a remedy from existing courts and tribunals.

41 To this end, s. 24 identifies a "court of competent jurisdiction" as the appropriate venue for *Charter* relief. This formula clearly draws from the courts and tribunals comprising our legal system at the time of the *Charter's* enactment, and enlists them in the implementation of *Charter* rights and remedies. No additional legislative "stamp of approval" is contemplated. Indeed, the operation of the *Charter* as the "supreme law of the land" would be wholly frustrated if its application were deferred until the legislatures revisited each pre-*Charter* court or tribunal to confer the necessary jurisdiction to grant *Charter* remedies. Moreover, forcing these courts and tribunals to function as if the *Charter* were never enacted, even where their operation squarely implicates *Charter* rights and freedoms, risks seriously (and unnecessarily) compromising their effective functioning. It

administratifs ont nécessairement été touchés par le nouveau régime de droits et réparations établi par la *Charte*. Les pouvoirs d'origine législative confiés à ces organismes doivent être interprétés à la lumière de cette profonde évolution de la situation juridique au Canada.

La *Charte* elle-même fournit des indications sur la façon d'interpréter les pouvoirs des tribunaux judiciaires et administratifs préexistants. À cet égard, je souligne que l'édiction de la *Charte* est non seulement l'expression de la volonté du Parlement, mais également de celle des législatures provinciales par adoption. L'intention commune était d'intégrer le nouveau régime de droits et réparations prévus par la *Charte* au régime existant de compétence des tribunaux : *Mills*, précité, p. 953 (le juge McIntyre). Comme l'a fait remarquer le juge La Forest dans l'arrêt *Mills*, p. 971, l'édiction de la *Charte* n'a pas exigé « que l'on invente de toutes pièces un système parallèle pour l'administration des droits conférés par celle-ci qui viendra s'ajouter aux mécanismes déjà existants d'administration de la justice ». Les rédacteurs de la *Charte* ont plutôt voulu que les parties s'estimant lésées puissent solliciter une réparation auprès des tribunaux judiciaires et administratifs existants.

À cette fin, l'article 24 précise que le « tribunal compétent » est le forum approprié pour connaître des demandes de réparation fondées sur la *Charte*. Cette formule puise clairement parmi les tribunaux judiciaires et administratifs qui composaient notre système de justice au moment de l'édiction de la *Charte* et les mobilise pour mettre en œuvre les droits et réparations prévus par celle-ci. Aucune autre « approbation » du législateur n'est envisagée. De fait, on contrecarrait complètement l'effet de la *Charte* en tant que « loi suprême du pays » si on suspendait son application jusqu'à ce que le Parlement et les législatures aient réexaminé la situation de chaque tribunal judiciaire ou administratif antérieur à la *Charte* afin de l'investir de la compétence nécessaire pour accorder des réparations fondées sur la *Charte*. Qui plus est, forcer ces tribunaux à agir comme si la *Charte* n'avait jamais été adoptée, même lorsque des droits et libertés garantis par

may also impact the quality of justice rendered at the end of the day.

In my view, the “functional and structural” approach is more consistent with the original intention of Parliament or the legislature in establishing the tribunal (albeit interpreted in light of the *Charter’s* enactment) and the aspirations of the *Charter* itself. Where the *Charter’s* enactment implicated a court or tribunal in new constitutional issues, it should be presumed that the legislature intended the court or tribunal to resolve these issues where it is suited to do so by virtue of its function and structure. It is only in this manner that the purpose of the *Charter* — and the mandates of those courts and tribunals that predate its enactment — can be meaningfully realized.

The content of the “functional and structural” approach may also require elaboration. Framed broadly, this test asks whether the court or tribunal in question is suited to grant the remedy sought under s. 24 in light of its function and structure. The assessment is contextual. The factors relevant to the inquiry and the weight they carry will vary with the particular circumstances at hand. Nonetheless, it is possible to catalogue some of the considerations captured under the general headings of “function” and “structure”.

The function of the court or tribunal is an expression of its purpose or mandate. As such, it must be assessed in relation to both the legislative scheme and the broader legal system. First, what is the court or tribunal’s function within the legislative scheme? Would jurisdiction to order the remedy sought under s. 24(1) frustrate or enhance this role? How essential is the power to grant the remedy sought to the effective and efficient functioning of the court or tribunal? Second, what is

celle-ci sont nettement en jeu dans les instances se déroulant devant eux, risque de compromettre sérieusement (et inutilement) leur bon fonctionnement. Une telle mesure pourrait aussi influencer la qualité de la justice qui est rendue en bout de ligne.

J’estime que l’approche « fonctionnelle et structurelle » est davantage conforme à l’intention qu’avait initialement le Parlement ou la législature concernée lors de l’établissement du tribunal en cause (bien que cette intention soit interprétée à la lumière de l’édiction de la *Charte*) et aux objectifs visés par la *Charte* elle-même. Dans les cas où, par la suite de l’édiction de la *Charte*, un tribunal judiciaire ou administratif est aux prises avec de nouvelles questions d’ordre constitutionnel, il faut présumer que le législateur entendait que cet organisme tranche ces questions lorsque, de par sa fonction et sa structure, il est apte à le faire. Ce n’est qu’ainsi que l’objectif visé par la *Charte* — et le mandat des tribunaux judiciaires et administratifs qui existaient au moment de son édicton — pourront être concrètement réalisés.

Il est peut-être également nécessaire de donner des précisions sur le contenu de l’approche « fonctionnelle et structurelle ». Essentiellement, ce critère pose la question de savoir si, eu égard à sa fonction et à sa structure, le tribunal judiciaire ou administratif concerné est apte à accorder la réparation demandée en vertu de l’art. 24. Il s’agit d’une évaluation contextuelle. Les facteurs pertinents pour les fins de l’analyse ainsi que leur poids respectif varient en fonction des circonstances de l’espèce. Il est néanmoins possible de classer certaines des considérations visées sous les rubriques générales « fonction » et « structure ».

La fonction du tribunal judiciaire ou administratif concerné est l’expression de son objectif ou mandat. En tant que telle, elle doit être appréciée en fonction du régime établi par la loi et du système de justice en général. Premièrement, quelle est la fonction du tribunal dans le cadre du régime établi par la loi? L’existence du pouvoir d’ordonner la réparation demandée en vertu du par. 24(1) aurait-elle pour effet d’entraver ce rôle ou de le renforcer? Dans quelle mesure le pouvoir d’accorder la

42

43

44

the function of the court or tribunal in the broader legal system? Is it more appropriate that a different forum redress the violation of *Charter* rights?

45

The inquiry into the structure of the court or tribunal relates to the compatibility of the institution and its processes with the remedy sought under s. 24. Depending on the particular remedy in issue, any or all of the following factors may be salient: whether the proceedings are judicial or quasi-judicial; the role of counsel; the applicability or otherwise of traditional rules of proof and evidence; whether the court or tribunal can issue subpoenas; whether evidence is offered under oath; the expertise and training of the decision-maker; and the institutional experience of the court or tribunal with the remedy in question: see *Mooring, supra*, at paras. 25-26. Other relevant considerations may include the workload of the court or tribunal, the time constraints it operates under, its ability to compile an adequate record for a reviewing court, and other such operational factors. The question, in essence, is whether the legislature or Parliament has furnished the court or tribunal with the tools necessary to fashion the remedy sought under s. 24 in a just, fair and consistent manner without impeding its ability to perform its intended function.

46

Two sources may provide guidance in determining the function and structure of a court or tribunal: the language of the enabling legislation and the history and accepted practice of the institution. The court or tribunal's constituting legislation may clearly describe its function and structure. However, it often may be necessary to consider other factors to fully appreciate the court or tribunal's function, or the strengths and limitations of its processes. Factors like the workload of the court or tribunal, the time constraints it operates under, and its experience and proficiency with a particular

réparation demandée est-il essentiel au fonctionnement efficace et efficient du tribunal? Deuxièmement, quelle fonction exerce le tribunal au sein du système de justice en général? Une autre juridiction conviendrait-elle davantage pour réparer l'atteinte portée aux droits garantis par la *Charte*?

L'examen de la structure du tribunal porte sur la compatibilité de l'institution et de ses procédures avec la réparation demandée en vertu de l'art. 24. Selon la réparation particulière en cause, tous les facteurs suivants — ou l'un d'eux — peuvent être importants : la question de savoir si les procédures sont de nature judiciaire ou quasi judiciaire, le rôle des avocats, l'applicabilité ou non des règles de preuve traditionnelles, la question de savoir si le tribunal peut délivrer des assignations à comparaître, celle de savoir si les témoins déposent sous serment, l'expertise et la formation du décideur et l'expérience institutionnelle du tribunal relativement à la réparation en question : voir *Mooring*, précité, par. 25-26. Parmi les autres considérations susceptibles d'être pertinentes, mentionnons la charge de travail du tribunal, ses contraintes de temps, sa capacité de constituer un dossier suffisant pour les besoins d'une cour de révision et toute autre considération opérationnelle du genre. Essentiellement, il s'agit de déterminer si la législature ou le Parlement a doté le tribunal judiciaire ou administratif concerné des outils nécessaires pour lui permettre de façonner de manière juste, équitable et uniforme la réparation demandée en vertu de l'art. 24, sans nuire à sa capacité d'accomplir sa fonction première.

Deux sources peuvent aider à déterminer la fonction et la structure du tribunal judiciaire ou administratif concerné : le texte de sa loi habilitante ainsi que l'historique de l'institution et sa pratique reconnue. Il arrive que la loi constitutive du tribunal décrive clairement sa fonction et sa structure. Toutefois, il peut souvent s'avérer nécessaire de considérer d'autres facteurs afin de bien saisir la fonction du tribunal, ou les points forts et les limites de ses mécanismes. Il est impossible d'évaluer, au regard du seul texte de la loi pertinente, des facteurs comme la charge de tra-

remedy, cannot be assessed on the face of the relevant legislation alone; rather, regard must be had to the day-to-day practice of the court or tribunal in question.

Having outlined the “functional and structural” approach to defining the third element of the *Mills* test, the power to grant the remedy sought, I turn to the considerations that support it. First, this approach is consistent with the authorities. Second, it is consistent with the Court’s approach to discerning legislative intent in other contexts, such as the authority of a tribunal to consider the constitutionality of its enabling legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Finally, and most importantly, it comports with the foundational principles animating s. 24. I will discuss each of these reasons in turn.

(1) Consistency with the Authorities

The previous decisions of this Court regarding s. 24(1) support a functional and structural approach to determining whether a court or tribunal has the “power to grant the remedy sought” as required by the third branch of the *Mills* test. Although not always expressed in these terms, considerations of function and structure are central to the Court’s analysis in each of these previous cases.

In *Mills*, the Court considered whether a preliminary inquiry judge or justice is a court of competent jurisdiction for the purposes of entering a stay of proceedings as a remedy for the violation of an accused’s right under s. 11(b) of the *Charter* to trial within a reasonable time. McIntyre J., speaking for a unanimous Court on this point, held that a preliminary inquiry judge or justice is not a court of competent jurisdiction for this purpose. In reaching this conclusion, he emphasized the specialized function performed by the preliminary inquiry judge in the criminal process, and the

vail du tribunal, les contraintes de temps auxquelles il est assujéti ainsi que son expérience et son expertise relativement à une réparation donnée; il faut plutôt tenir compte de la pratique quotidienne du tribunal en question.

Après avoir exposé l’approche « fonctionnelle et structurelle » applicable pour définir le troisième élément du critère établi dans l’arrêt *Mills* — soit le pouvoir d’accorder la réparation demandée — je vais maintenant examiner les considérations qui militent en faveur de cette approche. Premièrement, elle est conforme à la jurisprudence pertinente. Deuxièmement, elle est compatible avec l’approche utilisée par notre Cour pour dégager l’intention du législateur dans d’autres contextes, par exemple le pouvoir du tribunal d’examiner la constitutionnalité de sa loi habilitante au regard de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Enfin, facteur le plus important, cette approche respecte les principes fondamentaux qui sont à la base de l’art. 24. Je vais examiner chacune de ces considérations à tour de rôle.

(1) La conformité à la jurisprudence

Les arrêts antérieurs de notre Cour sur le par. 24(1) appuient l’application d’une méthode fonctionnelle et structurelle afin de déterminer si, comme l’exige le troisième volet du critère établi dans l’arrêt *Mills*, un tribunal a le « pouvoir d’accorder la réparation demandée ». Bien que cela ne soit pas toujours exprimé en ces termes, les considérations relatives à la fonction et à la structure constituent un aspect central de l’analyse de la Cour dans ces arrêts antérieurs.

Dans l’arrêt *Mills*, notre Cour s’est demandé si le juge ou juge de paix président l’enquête préliminaire constituait un tribunal compétent pour ordonner l’arrêt des procédures comme réparation en cas d’atteinte au droit de l’accusé d’être jugé dans un délai raisonnable prévu à l’al. 11(b) de la *Charte*. Exprimant l’opinion unanime de notre Cour sur cette question, le juge McIntyre a conclu que le juge ou juge de paix président l’enquête préliminaire n’était pas un tribunal compétent à cette fin. En tirant cette conclusion, il a souligné la fonction spécialisée qu’accomplit le juge de l’enquête

47

48

49

incompatibility of this function with the remedy sought (at pp. 954-55):

After all the evidence has been taken, he may commit the accused for trial if, in his opinion, the evidence is sufficient, or discharge the accused if, in his opinion, upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial. He has no jurisdiction to acquit or convict, nor to impose a penalty, nor to give a remedy. He is given no jurisdiction which would permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or denied. He is, therefore, not a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. . . . I might add at this stage that it would be a strange result indeed if the preliminary hearing magistrate could be said to have the jurisdiction to give a remedy, such as a stay under s. 24(1), and thus bring the proceedings to a halt before they have started and this in a process from which there is no appeal.

50

Although this holding disposed of the specific issue on appeal in *Mills, McIntyre, Lamer and La Forest JJ.* proceeded to consider the availability of *Charter* remedies in the criminal process more generally, both at the preliminary inquiry and at trial. Here functional and structural concerns dominated. *McIntyre, Lamer and La Forest JJ.*, in defining the remedial jurisdiction of criminal courts under s. 24(1), were predominantly concerned with identifying the arsenal of remedies that would best fulfil the function of the provincial criminal court, as a court of first instance, without straining its competence as an institution.

51

In this regard, the function of statutory criminal courts in the broader criminal justice system was a paramount consideration. As *McIntyre J.* observed, “most of the criminal work at first instance is done in these courts, therefore most of the applications for a remedy under s. 24(1) of the *Charter* will be made to them” (p. 955). He emphasized the need for complete resolution, wherever possible, at the trial level, where the court is best situated to rule on *Charter* issues arising before it and to fashion appropriate and just remedies. This role, in his

préliminaire dans le cadre du processus pénal et l’incompatibilité de cette fonction avec la réparation demandée (aux p. 954-955) :

Lorsque toute la preuve a été recueillie, il peut renvoyer l’accusé pour subir son procès s’il estime que cette preuve est suffisante ou encore libérer l’accusé s’il juge la preuve insuffisante pour justifier le renvoi à procès. Il n’a pas compétence pour prononcer l’acquiescement ou pour déclarer coupable, ni pour imposer une peine, ni encore pour accorder une réparation. Il n’a pas non plus la compétence qui l’autoriserait à entendre et à juger la question de savoir s’il y a eu violation ou négation d’un droit garanti par la *Charte*. Il s’ensuit donc qu’il n’est pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. [. . .] Il convient d’ajouter ici que le résultat serait bien étrange si l’on pouvait dire que le magistrat à l’enquête préliminaire avait compétence pour accorder une réparation, telle une suspension des procédures en vertu du par. 24(1), arrêtant ainsi les procédures avant même qu’elles ne commencent, et ce par une décision non susceptible d’appel.

Bien que cette conclusion ait tranché la question précise qui faisait l’objet du pourvoi dans l’arrêt *Mills*, les juges *McIntyre, Lamer et La Forest* ont ensuite examiné l’applicabilité des réparations prévues à la *Charte* dans le cadre du processus pénal en général, tant à l’enquête préliminaire qu’au procès. Dans cette affaire, les considérations d’ordre fonctionnel et structurel ont dominé. En définissant la compétence dont disposent les cours de juridiction criminelle en matière de réparations fondées sur le par. 24(1), les juges *McIntyre, Lamer et La Forest* se sont attachés avant tout à définir l’arsenal de réparations qui permettrait le mieux à la cour provinciale de juridiction criminelle de s’acquitter de sa fonction, en tant que tribunal de première instance, sans grever ses ressources institutionnelles.

À cet égard, le rôle des cours de juridiction criminelle créées par la loi au sein du système de justice pénale en général a constitué le facteur prédominant. Comme l’a fait remarquer le juge *McIntyre*, « la plupart des affaires criminelles seront entendues en première instance par ces tribunaux-là. Par conséquent, la majorité des demandes de réparation fondées sur le par. 24(1) de la *Charte* leur seront adressées » (p. 955). Il a souligné la nécessité que ces demandes soient tranchées complètement, chaque fois que la chose est possible, en première

opinion, demanded an expansive remedial jurisdiction for statutory criminal courts under s. 24(1), unconstrained by the lesser array of remedies they might enjoy under statute. In his words, “[a] claim for a remedy under s. 24(1) arising in the course of the trial will fall within the jurisdiction of these courts as a necessary incident of the trial process” (p. 955). He contemplated resort to the superior court of the province for a *Charter* remedy only where prerogative relief is sought.

The only limit McIntyre J. placed on a statutory criminal court’s “power to grant the remedy sought” under s. 24(1) was that imposed by the constitutional division of powers: “[s]uch remedies must remain . . . within the ambit of criminal powers” (p. 955). One finds no requirement in McIntyre J.’s reasons that the statute under which the court is acting expressly authorize the remedy sought, or empower the court to order remedies of the same “type”. Rather, the emphasis is on creative and complete resolution at the trial level. To this end, he contemplated the widest possible discretion in provincial trial judges to fashion appropriate and just remedies, circumscribed only by the requirement that these remedies fall within the criminal sphere. It is in this manner that the function of the court, as a criminal court of first instance, is best fulfilled.

Lamer J. arrived at the same conclusion. In his view, a criminal trial court, whether of statutory or inherent jurisdiction, is empowered to grant any criminal law remedy under s. 24(1). He expressly rejected the proposition that statutory trial courts are confined to the remedies assigned to them by

instance, où le tribunal est le mieux placé pour statuer sur les questions relatives à la *Charte* soulevées devant lui et élaborer des réparations convenables et justes. À son avis, ce rôle exigeait que les cours de juridiction criminelle créées par une loi jouissent d’une vaste compétence en matière de réparations fondées sur le par. 24(1), sans être limitées à l’éventail plus restreint de réparations à leur disposition aux termes de leur loi habilitante. Pour reprendre ses propos : « [u]ne demande de réparation en vertu du par. 24(1) présentée au cours du procès sera du ressort de ces tribunaux en tant qu’accessoire nécessaire du procès » (p. 955). Il a indiqué qu’on ne devrait s’adresser à la cour supérieure de la province pour obtenir une réparation fondée sur la *Charte* que lorsqu’il est question de brefs de prérogative.

La seule limite à laquelle le juge McIntyre a assujéti l’exercice par les cours de juridiction criminelle créées par la loi du « pouvoir d’accorder la réparation demandée » en vertu du par. 24(1) était celle découlant du partage des compétences par la Constitution : « ces réparations [. . .] doivent relever du pouvoir en matière criminelle » (p. 955). Les motifs du juge McIntyre ne font état d’aucune exigence requérant que la loi en vertu de laquelle le tribunal agit autorise expressément la réparation demandée ou habilite le tribunal à ordonner des réparations du même « genre ». Le juge McIntyre insiste plutôt sur le besoin d’apporter, en première instance, des solutions complètes et ingénieuses aux questions qui se posent. À cette fin, il a considéré que les juges provinciaux qui président des procès devaient jouir du plus large pouvoir discrétionnaire possible afin d’élaborer des réparations convenables et justes, pouvoir qui serait limité uniquement par l’obligation que ces réparations appartiennent au droit criminel. C’est de cette manière que le tribunal concerné, en tant que cour de juridiction criminelle de première instance, est le plus à même de s’acquitter de son rôle.

Le juge Lamer est arrivé à la même conclusion. À son avis, une cour de juridiction criminelle — que sa compétence découle de la loi ou soit inhérente — a le pouvoir d’accorder, en vertu du par. 24(1), toute réparation relevant du droit criminel. Il a expressément rejeté l’argument voulant que les juridictions

statute, at least in the absence of clear legislative intent (at pp. 886-87):

I do not see the need, once the distinction between criminal and other remedies is made, for making a further distinction within the criminal law system between trial judges dependent upon the trial court in which they sit. Since they already have the jurisdiction to make a final complete determination of the trial, they already have a plenitude of criminal law remedies available, such as adjournment, bail, ordering disclosure, excluding evidence, entering stays.

Again, the emphasis is not on the remedies that criminal courts “already have . . . available”, but rather on the remedies that will best promote the function of the criminal trial court in our system of criminal justice.

54 In determining the range of remedies available to criminal trial courts under s. 24(1), Lamer J. was motivated primarily by the concern that these courts not venture into the types of remedies which by their own process (or structure) they are not properly equipped to fashion. He considered two opposing interpretations of s. 24(1) in the heart of his argument. The first is the proposition that a criminal court with jurisdiction over both the subject matter and the parties enjoys full jurisdiction to grant any appropriate and just remedy, including “civil remedies in addition to those remedies that are traditionally within their jurisdiction” (p. 885). The second proposition would “extend to any judge having jurisdiction over the person and the subject matter jurisdiction to grant any criminal law remedy” (p. 886 (emphasis added)).

55 Lamer J. approached this matter as a choice between alternatives — permitting criminal trial judges to draw from the full range of remedies, including civil remedies, in addressing *Charter* violations or, alternatively, restricting the scope of available remedies to the criminal domain. Neither

de jugement créées par une loi doivent se limiter aux réparations que cette loi les habilite à accorder, à tout le moins en l’absence d’intention claire du législateur (aux p. 886-887) :

Je ne vois pas la nécessité, une fois que la distinction entre les voies de recours criminelles et les autres est faite, de faire une autre distinction au sein même du système de droit criminel entre les juges du procès en fonction du tribunal auquel ils siègent. Comme ils détiennent déjà la compétence de statuer définitivement au fond, ils détiennent déjà la plénitude des redressements du droit criminel existants, tels l’ajournement, la libération sous cautionnement, l’ordonnance de communication de pièces, d’exclusion de preuves, la suspension d’instance.

Ici encore, l’accent n’est pas sur les réparations que les cours de juridiction criminelle « détiennent déjà », mais plutôt sur celles qui permettront le mieux à la juridiction de jugement de jouer son rôle au sein de notre système de justice pénale.

Lorsqu’il a déterminé l’éventail des réparations que peuvent accorder les juridictions de jugement en vertu du par. 24(1), le juge Lamer était principalement animé par le souci que ces juridictions ne se hasardent pas à accorder des réparations que, en raison de leur propre procédure (ou structure), elles ne sont pas adéquatement équipées pour façonner. Il a examiné deux interprétations opposées du par. 24(1) qui touchaient au cœur de son argument. Selon la première interprétation, la juridiction compétente tant à l’égard de l’objet du litige que des parties détient entière compétence pour accorder toute réparation convenable et juste, y compris « des réparations civiles, outre les réparations qui relèvent traditionnellement de leur compétence » (p. 885). La deuxième interprétation « étendrai[t] [. . .] à tout juge compétent *ratione personae* et *ratione materiae* la compétence d’accorder toutes réparations de droit criminel » (p. 886 (je souligne)).

Le juge Lamer a considéré cette question comme un choix entre deux solutions : mettre à la disposition des juges présidant les procès criminels toute la gamme des réparations, y compris les réparations civiles, pour remédier aux violations de la *Charte* ou, subsidiairement, restreindre l’éventail

approach evinces concern with whether the court has a particular remedial power under statute, or pursuant to its inherent jurisdiction.

Lamer J. endorsed the second approach for criminal trial judges; that is, he concluded that once jurisdiction over the person and subject matter is established, a criminal court is empowered to grant any criminal law remedy. This conclusion was compelled by the structural limitations of the criminal trial process (at p. 886):

[D]ésirable as might be a system whereby a person could get from the judge he or she is before a plenitude of remedies [i.e. including civil remedies], this approach has to be defeated by the fundamental differences as between the civil and criminal process. . . . [I]t will be difficult to afford the alleged violators, susceptible to pay damages or to be the object of some injunction, a fair hearing within the criminal justice process, whilst guaranteeing the accused all traditional safeguards. Furthermore, the criminal courts are not staffed and equipped to cope with such types of determinations.

Thus, Lamer J. concluded that the function performed by criminal trial courts mandates an expansive remedial jurisdiction under the *Charter*, circumscribed only by the boundaries of the court's expertise and procedures, which coincided with the boundaries of the criminal law.

La Forest J.'s reasons in *Mills* are also consistent with the functional and structural approach to defining "power to grant the remedy sought". Like Lamer and McIntyre JJ., he expressed a preference for complete resolution of *Charter* issues at the trial level, stating, at p. 972, that the "trial court will ordinarily be the appropriate court to grant the remedy". He contemplated an exception to this general principle only for exigent circumstances, such as where a trial court has not been set at the time the remedy is required, or where the trial court itself is implicated in the breach of the *Charter* right. This language

des réparations applicables à celles relevant du domaine criminel. Dans ni l'une ni l'autre de ces approches, on ne s'arrête à la question de savoir si le tribunal détient un pouvoir de réparation particulier en vertu soit de la loi soit de sa compétence inhérente.

Le juge Lamer a retenu la deuxième approche en ce qui a trait aux juges présidant les procès criminels, concluant en effet qu'une fois établie la compétence sur les parties et sur l'objet du litige, la cour de juridiction criminelle est habilitée à accorder toute réparation relevant du droit criminel. Les limitations structurelles du processus pénal ont forcé cette conclusion (à la p. 886) :

[A]ussi désirable que puisse être un système en vertu duquel le justiciable pourrait obtenir du juge devant qui il comparait un ensemble de réparations [c.-à-d. y compris des réparations civiles], cette façon de voir doit être rejetée à cause des différences fondamentales existant entre les voies de droit civiles et les voies de droit criminelles [. . .] [I]l sera difficile de fournir à des contrevenants présumés, ayant éventuellement à payer des dommages-intérêts ou devant faire l'objet de quelque injonction, une audition équitable dans le cadre des voies de droit criminelles, tout en garantissant au prévenu toutes les protections traditionnelles. De plus, les juridictions criminelles n'ont pas le personnel ni ne sont équipées pour connaître de ce genre d'affaires.

En conséquence, le juge Lamer a estimé que la fonction exercée par les juridictions criminelles requiert une vaste compétence en matière de réparations fondées sur la *Charte*, compétence circonscrite uniquement par les limites de l'expertise et des procédures du tribunal, qui coïncident avec les limites du droit criminel.

Les motifs exposés par le juge La Forest dans l'arrêt *Mills* sont eux aussi compatibles avec l'approche fonctionnelle et structurelle applicable pour définir le « pouvoir d'accorder la réparation demandée ». À l'instar des juges Lamer et McIntyre, le juge La Forest a exprimé sa préférence pour la résolution complète, au procès, des questions relatives à la *Charte*, affirmant que c'est « normalement la juridiction de première instance qui [a] compétence pour accorder la réparation » (p. 972). Il n'a envisagé qu'une exception à ce principe général, à savoir les situations d'urgence, tels

56

57

suggests that apart from such exceptional circumstances, provincially appointed criminal courts are courts of competent jurisdiction to issue remedies under s. 24. He imposes only one limitation on this remedial jurisdiction: “civil remedies should await action in a civil court” (p. 971).

les cas où l’identité du tribunal devant lequel se déroulera le procès n’a pas encore été déterminée au moment où la réparation est requise et ceux où la juridiction de jugement elle-même est impliquée dans l’atteinte au droit protégé par la *Charte*. Ces propos suggèrent que, sauf dans de telles circonstances exceptionnelles, les cours de juridiction criminelle constituées par les provinces sont des tribunaux compétents pour accorder des réparations en vertu de l’art. 24. Le juge La Forest n’impose qu’une seule restriction à cette compétence en matière de réparation : « pour obtenir une réparation civile, il faudra procéder par voie d’action devant un tribunal civil » (p. 971).

58

Functional and structural considerations also dominated the Court’s comments on the powers of preliminary inquiry judges to exclude evidence on *Charter* grounds. A minority, led by Lamer J., would have recognized this power, on the basis that excluding inadmissible evidence, including on *Charter* grounds, is central to the preliminary inquiry’s function: determining whether there is sufficient admissible evidence to put the accused on trial. McIntyre and La Forest JJ., writing for the majority view, held that preliminary inquiry judges cannot exclude evidence under s. 24(2). In arriving at this result, they emphasized the limited screening function of the preliminary inquiry and the difficulty of making, at a preliminary stage, the s. 24(2) determination of whether in “all the circumstances” admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute (at pp. 970-71, *per* La Forest J.).

Les considérations d’ordre fonctionnel et structurel ont également dominé dans les commentaires de notre Cour sur le pouvoir des juges présidant les enquêtes préliminaires d’écarter des éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte*. Les juges minoritaires, sous la plume du juge Lamer, auraient reconnu l’existence de ce pouvoir, parce que l’exclusion d’éléments de preuve inadmissibles, y compris pour des motifs prévus par la *Charte*, est un aspect central du rôle de l’enquête préliminaire, qui est de déterminer si la preuve est suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement. Rédigeant l’opinion de la majorité, les juges McIntyre et La Forest ont conclu que les juges présidant les enquêtes préliminaires ne pouvaient écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). En concluant ainsi, ils ont souligné la fonction de filtrage limitée de l’enquête préliminaire et la difficulté de décider à un stade préliminaire, en vertu du par. 24(2), si « eu égard aux circonstances » l’utilisation d’éléments de preuve obtenus en violation à la *Charte* est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice (aux p. 970-971, le juge La Forest).

59

In summary, the reasons of McIntyre, Lamer and La Forest JJ. in *Mills* were unanimous in emphasizing that the power of courts to issue *Charter* remedies turns on the function and structure of these courts. In effect, a judge sitting on a criminal trial, by reason of the function he or she is discharging, has the power to grant *Charter* remedies incidental to that trial. To this end, the judge may draw from

En résumé, dans les motifs qu’ils ont exposés dans l’arrêt *Mills*, les juges McIntyre, Lamer et La Forest ont unanimement souligné le fait que le pouvoir des tribunaux d’accorder des réparations en vertu de la *Charte* est tributaire de la fonction et de la structure de ces tribunaux. En fait, le juge qui préside un procès criminel possède, en raison de la fonction qu’il accomplit, le pouvoir d’accorder les

the full ambit of criminal law remedies in fashioning an appropriate and just response to a *Charter* violation. This approach facilitates the function of the trial court, by promoting complete resolution of *Charter* issues at the trial level and allowing the court significant flexibility in fashioning remedies to meet the precise circumstances of the case at bar. At the same time, it heeds the structural limits of the criminal trial process, by confining the courts' remedial powers to the criminal sphere.

Subsequent jurisprudence affirms this functional and structural approach. Since *Mills*, two judgments of this Court have dealt with "court of competent jurisdiction" under s. 24: *Weber, supra*, and *Mooring, supra*. Both cases focused on the remedial jurisdiction of administrative tribunals under s. 24. In *Weber*, the Court addressed the question of whether a labour arbitrator is a court of competent jurisdiction under s. 24(1) for the purposes of awarding damages for a *Charter* breach. In *Mooring*, the Court considered whether the National Parole Board could exclude *Charter*-offending evidence as a court of competent jurisdiction under s. 24. In both cases, the jurisdiction of the tribunal over the person and subject matter was established; the critical issue was whether the tribunal enjoyed the power to grant the remedy sought. This jurisdiction was found in the labour arbitrator in *Weber*, but not in the Parole Board in *Mooring*.

In *Weber*, a labour arbitrator was found to be a court of competent jurisdiction under s. 24(1) to award damages primarily because the Board's constituent statute authorized it to make an award of this type. The statute conferred on the Board the mandate, function and structure to make damage awards.

réparations fondées sur la *Charte* qui sont accessoires à ce procès. À cette fin, il peut puiser dans toute la panoplie des réparations relevant du droit criminel pour façonner une réponse convenable et juste à une violation de la *Charte*. Cette méthode aide la juridiction de jugement à s'acquitter de sa fonction en favorisant, à cette étape, la résolution complète des questions relatives à la *Charte* et en laissant au tribunal une souplesse considérable dans l'élaboration de réparations adaptées aux circonstances précises de l'affaire dont il est saisi. Par la même occasion, cette méthode respecte les limites structurelles du processus pénal en restreignant au domaine du droit criminel les pouvoirs des tribunaux en matière de réparations.

La jurisprudence subséquente confirme cette méthode fonctionnelle et structurelle. Dans deux affaires depuis l'arrêt *Mills*, notre Cour a examiné la notion de « tribunal compétent » au sens de l'art. 24 : *Weber*, précité, et *Mooring*, précité. Ces deux arrêts portaient principalement sur la compétence des tribunaux administratifs en matière de réparations fondées sur l'art. 24. Dans *Weber*, notre Cour s'est demandé si un arbitre en droit du travail était un tribunal compétent au sens du par. 24(1) pour accorder des dommages-intérêts en cas de violation de la *Charte*. Dans *Mooring*, notre Cour s'est penchée sur la question de savoir si la Commission nationale des libérations conditionnelles était un tribunal compétent au sens de l'art. 24 pour écarter des éléments de preuve recueillis en violation de la *Charte*. Dans ces deux arrêts, la compétence du tribunal à l'égard des parties et de l'objet du litige a été établie; la question fondamentale était de savoir si le tribunal jouissait du pouvoir d'accorder la réparation demandée. Dans *Weber*, on a conclu que l'arbitre détenait cette compétence, mais dans *Mooring* on a jugé que la Commission nationale des libérations conditionnelles ne l'avait pas.

Dans l'arrêt *Weber*, notre Cour a conclu qu'un arbitre en droit du travail était, au sens du par. 24(1), un tribunal compétent pour accorder des dommages-intérêts, principalement parce que la loi constitutive de la commission l'autorisait à rendre une décision de ce genre. La loi investissait

While the reasons do not use the language of function and structure, the decision may be seen as turning on the fact that the legislature had equipped the tribunal to make damage awards generally and therefore must have intended this power to extend to *Charter*-based claims. In short, the Board was by function and structure equipped to grant the remedy sought.

62

It is in *Mooring, supra*, that the language of function and structure first emerges in express form. Moving beyond the “type of” remedy language of *Weber*, Sopinka J., for the majority, engaged in a detailed analysis of the “structure and function” of the Board (at para. 24) in assessing whether the Board had the “power to grant the remedy sought”. A number of aspects of the Board’s structure, in his opinion, weighed against its competency to exclude relevant evidence as a *Charter* remedy (at para. 26):

[T]he Parole Board does not hear and assess evidence, but instead acts on information. The Parole Board acts in an inquisitorial capacity without contending parties — the state’s interests are not represented by counsel, and the parolee is not faced with a formal “case to meet”. From a practical perspective, neither the Board itself nor the proceedings in which it engages have been designed to engage in the balancing of factors that s. 24(2) demands. [Emphasis added.]

63

Similarly, Sopinka J. found that the function of the Board — assessing the risk posed to society by parolees — counseled against finding jurisdiction to exclude relevant evidence. These factors, combined with the lack of statutory authority to exclude relevant evidence, led Sopinka J. to the conclusion that the Board did not have jurisdiction over the remedy sought. Major J. (McLachlin J. concurring) dissented, but did not suggest that the function of the Board and its

en effet la commission en cause du mandat, de la fonction et la structure nécessaires pour ordonner le paiement de dommages-intérêts. Bien que les termes fonction et structure ne soient pas utilisés dans les motifs, on peut considérer que la décision repose sur le fait que la législature avait doté le tribunal des attributs requis pour accorder des dommages-intérêts de façon générale et qu’elle devait, en conséquence, avoir voulu que ce pouvoir s’étende aux demandes fondées sur la *Charte*. Bref, de par sa fonction et sa structure, la Commission en cause était en mesure d’accorder la réparation demandée.

C’est dans l’arrêt *Mooring*, précité, que les expressions fonction et structure ont été utilisées explicitement pour la première fois. S’éloignant de l’expression « genre de » réparation utilisée dans *Weber*, le juge Sopinka, s’exprimant pour la majorité, s’est livré à une analyse approfondie de « la structure et de la fonction » de la Commission (au par. 24) pour déterminer si celle-ci avait le « pouvoir d’accorder la réparation demandée ». À son avis, un certain nombre d’aspects de la structure de la Commission militaient contre l’existence de la compétence de celle-ci d’écarter des éléments de preuve pertinents en tant que réparation fondée sur la *Charte* (au par. 26) :

[L]a Commission n’entend et n’évalue aucun témoignage, et [elle] agit plutôt sur la foi de renseignements. Elle exerce des fonctions d’enquête sans la présence de parties opposées : il n’y a pas d’avocat pour défendre les intérêts de l’État, et le détenu en liberté conditionnelle n’a pas de « preuve à réfuter » comme telle. D’un point de vue pratique, ni la Commission ni les procédures qu’elle engage n’ont été conçues pour procéder à l’évaluation de facteurs requise par le par. 24(2). [Je souligne.]

De même, le juge Sopinka a estimé que la fonction de la Commission — l’appréciation du risque que constituent pour la société les détenus en liberté conditionnelle — militait contre la reconnaissance de la compétence d’écarter des éléments de preuve pertinents. Ces facteurs, conjugués à l’absence dans la loi de pouvoir autorisant la Commission à écarter des éléments de preuve pertinents, ont amené le juge Sopinka à conclure que celle-ci n’avait pas compétence à l’égard de la réparation demandée.

suitability to hear *Charter* matters were not determinative.

In *Mooring* and *Weber*, the language of the statutes creating and empowering the tribunals played a more prominent role than was evident in *Mills*. As discussed, a court or tribunal's enabling legislation will often prove invaluable in discerning legislative intent. The history and accepted practice of the institution may also provide insight. In some circumstances, one source may provide more guidance than the other. In *Mills*, for example, the function of criminal trial courts, and the structural limits of their procedures and processes, were accepted by the Court as largely self-evident, without need to resort to the precise language of their governing statutes. Since all criminal courts are uniformly competent to grant criminal law remedies, there is no virtue in making further distinctions based on the source of the court's jurisdiction; in the words of Lamer J., there is no principled basis "for making a further distinction within the criminal law system between trial judges dependent upon the trial court in which they sit" (p. 886).

By contrast, in assessing the remedial jurisdiction of administrative tribunals in *Weber* and *Mooring*, the Court emphasized the tribunals' statutory authority to issue remedies of the type sought. This focus on statutory authority in assessing power to grant the remedy sought makes eminent sense in the administrative context. Administrative tribunals, unlike criminal courts, do not share substantially uniform structures and functions. Their structures and functions are as diverse as the roles they perform in Canadian society. Administrative tribunals vary widely in virtually every aspect — experience, expertise, structure, function, resources and mandate: *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at pp. 634-35; *Canadian*

Le juge Major (avec l'appui du juge McLachlin) a exposé des motifs de dissidence, mais il n'a pas suggéré que la fonction de la Commission et son aptitude à connaître des questions relatives à la *Charte* n'étaient pas des considérations déterminantes.

Dans les arrêts *Mooring* et *Weber*, le texte de la loi constitutive et habilitante de chacun des tribunaux administratifs concernés a joué un rôle plus important que dans l'arrêt *Mills*. Comme il a été expliqué précédemment, la loi habilitante du tribunal judiciaire ou administratif se révèle souvent très utile pour dégager l'intention du législateur. L'histoire de l'organisme et sa pratique reconnue peuvent également fournir des indications. Dans certaines circonstances, une source peut éclairer davantage qu'une autre. Dans l'arrêt *Mills*, par exemple, la Cour a estimé que la fonction des cours de juridiction criminelle et les limites structurelles de leurs processus et procédures étaient largement évidentes, sans qu'il soit nécessaire de se référer au texte précis de leur loi habilitante. Étant donné que toutes les cours de juridiction criminelle sont compétentes pour accorder des réparations relevant du droit criminel, il ne sert à rien de faire d'autres distinctions reposant sur la source de la compétence du tribunal concerné. Pour reprendre les mots du juge Lamer, il n'y a aucun fondement de principes permettant « de faire une autre distinction au sein même du système de droit criminel entre les juges du procès en fonction du tribunal auquel ils siègent » (p. 886-887).

Par contre, dans le cours de son examen de la compétence des tribunaux administratifs concernés en matière de réparations dans les arrêts *Weber* et *Mooring*, notre Cour a souligné que ces tribunaux avaient, en vertu de leur loi habilitante, le pouvoir d'ordonner des réparations du genre de celles demandées. Le fait de mettre l'accent sur le pouvoir conféré par la loi pour déterminer l'existence du pouvoir d'accorder la réparation demandée est éminemment logique en contexte administratif. Contrairement aux cours de juridiction criminelle, les divers tribunaux administratifs n'ont pas des structures et des fonctions substantiellement uniformes. Leurs structures et leurs fonctions sont aussi diverses que les rôles qu'ils jouent dans la société canadienne. Les tribunaux administratifs diffèrent

Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 117. It follows that courts must carefully consider an administrative tribunal's constituent statute to determine its intended function and structure.

grandement les uns des autres à pratiquement tous égards — expérience, expertise, structure, fonction, ressources et mandat : *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, p. 634-635; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 117. Il s'ensuit que la cour appelée à statuer sur la question doit examiner avec soin la loi constitutive d'un tribunal administratif pour déterminer la fonction et la structure qu'on entendait lui donner.

66

A significant factor in this analysis will be the nature of the tribunal's power to grant remedies under statute. Statutory authority to grant a particular remedy, or the lack thereof, is a telling indication of the tribunal's level of experience and expertise with that type of remedy, and possibly the compatibility of this remedy with its function. These are all compelling factors in answering the central question of whether the legislature can be taken to have intended the tribunal to determine *Charter* rights and award the remedy sought for breaches of those rights. In general, the stronger the nexus between the tribunal's statutory jurisdiction to grant remedies, on one hand, and the remedial jurisdiction sought under s. 24 on the other, the more compelling the inference that the tribunal is competent to issue the desired *Charter* relief.

Un facteur important dans cette analyse est la nature du pouvoir dont dispose le tribunal administratif pour accorder des réparations en vertu de cette loi. L'existence ou l'absence du pouvoir d'ordonner une réparation donnée en vertu de la loi est révélatrice quant au niveau d'expérience et d'expertise du tribunal relativement à ce genre de réparation et, possiblement, quant à la compatibilité de cette réparation avec la fonction du tribunal. Ces facteurs sont tous des éléments essentiels pour répondre à la question fondamentale de savoir si l'on peut considérer que le législateur entendait que le tribunal concerné se prononce sur les droits garantis par la *Charte* et accorde la réparation demandée en cas d'atteinte à ces droits. En général, plus fort est le lien entre le pouvoir du tribunal d'ordonner des réparations en vertu de sa loi habilitante d'une part, et la compétence en matière de réparations qu'on désire qu'il exerce en vertu de l'art. 24 d'autre part, plus incontournable est la conclusion que le tribunal est incompétent pour accorder la réparation demandée sous le régime de la *Charte*.

67

However, statutory authority to grant the type of remedy sought will not always prove conclusive; it is merely one of a number of factors to be considered in discerning the structure and function of the tribunal, as a means of determining the intention of Parliament or the legislature. Another critical factor may be the presence or absence of safeguards necessary to permit the tribunal to give fair and informed decisions on *Charter* rights and award remedies for their breach. As discussed, these considerations led the majority of the Court in *Mooring* to hold that the Parole Board lacked the jurisdiction over the remedy sought (the exclusion of improp-

Cependant, l'existence dans la loi du pouvoir d'accorder le genre de réparation demandée ne sera pas toujours déterminante. En effet, elle n'est que l'un des divers facteurs qui doivent être pris en compte pour déterminer la structure et la fonction du tribunal administratif concerné, dans le but de dégager l'intention du Parlement ou de la législature. La présence ou l'absence des mesures de protection nécessaires pour permettre au tribunal de statuer de façon équitable et éclairée sur les droits garantis par la *Charte* et d'accorder des réparations pour leur violation peut s'avérer un autre facteur important. Comme il a été indiqué plus tôt, ces fac-

erly obtained evidence under s. 24(2)), and therefore was not a court of competent jurisdiction under s. 24.

In summary, the jurisprudence of this Court on s. 24(1) demonstrates a dominant concern with discerning legislative intent in light of the tribunal's function and the practical limits imposed by its structure. At heart, this is a functional and structural analysis. This approach found its clearest expression in the reasons of Sopinka J. in *Mooring*, but it also animated the dissenting opinion in that case, as well as the previous decisions of this Court in *Weber* and *Mills*.

(2) Consistency with the Approach to Discerning Legislative Intent in Other Contexts

The “functional and structural” approach to determining whether a tribunal is competent to grant *Charter* remedies under s. 24(2) accords with the general approach to discerning the implied powers of statutory bodies, and the test established by this Court for determining whether a tribunal has jurisdiction to consider *Charter* issues under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

It is well established that a statutory body enjoys not only the powers expressly conferred upon it, but also by implication all powers that are reasonably necessary to accomplish its mandate: *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1995), vol. 44(1), at para. 1335. In other words, the powers of a statutory court or tribunal extend beyond the express language of its enabling legislation to the powers necessary to perform its intended functions: *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722.

teurs ont amené les juges majoritaires de notre Cour dans *Mooring* à conclure que la Commission des libérations conditionnelles n'avait pas compétence pour accorder la réparation demandée (l'exclusion d'éléments de preuve obtenus en violation du par. 24(2)) et n'était donc pas un tribunal compétent au sens de l'art. 24.

En résumé, la jurisprudence de notre Cour sur le par. 24(1) témoigne du souci prédominant de dégager l'intention du législateur à la lumière de la fonction du tribunal concerné et des limites que sa structure lui impose. Il s'agit fondamentalement d'une analyse fonctionnelle et structurelle. Cette approche, qui a été exprimée on ne peut plus clairement dans les motifs du juge Sopinka dans *Mooring*, est également au cœur de l'opinion dissidente dans cet arrêt ainsi que dans les arrêts *Weber* et *Mills* rendus antérieurement par notre Cour.

(2) Cohérence avec l'approche applicable pour dégager l'intention du législateur dans d'autres contextes

L'approche « fonctionnelle et structurelle » appliquée pour déterminer si un tribunal a compétence pour accorder des réparations en vertu du par. 24(2) de la *Charte* est compatible avec l'approche générale permettant de reconnaître les pouvoirs implicites des organismes créés par une loi et avec le critère établi par notre Cour pour décider si un tribunal est compétent pour examiner les questions relatives à la *Charte* au regard du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Il est bien établi qu'un organisme créé par une loi jouit non seulement des pouvoirs que celle-ci lui confère expressément, mais aussi, par implication nécessaire, de tous ceux qui sont raisonnablement nécessaires à l'accomplissement de son mandat : *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1995), vol. 44(1), par. 1325. En d'autres termes, les pouvoirs d'un tribunal judiciaire ou administratif créé par une loi ne se limitent pas aux termes exprès de sa loi habilitante, mais englobent également les pouvoirs nécessaires à l'exécution des fonctions qu'il est censé accomplir : *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722.

68

69

70

71

Consequently, the function of a statutory body is of principal importance in assessing whether it is vested with an implied power to grant the remedy sought. Such implied powers are found only where they are required as a matter of practical necessity for the court or tribunal to accomplish its purpose: *National Energy Board Act (Can.) (Re)*, [1986] 3 F.C. 275 (C.A.). While these powers need not be absolutely necessary for the court or tribunal to realize the objects of its statute, they must be necessary to effectively and efficiently carry out its purpose: *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601 (C.A.); *Bell Canada, supra*; Macaulay and Sprague, *supra*, vol. 4, at p. 29-2. This emphasis on the function of a court or tribunal, in discerning the powers with which the legislature impliedly endowed it, accords with the functional and structural approach to the *Mills* test set out above.

72

Not surprisingly, the Court has adopted a similar approach to determining whether an administrative tribunal has jurisdiction to consider the constitutional validity of its constituent statute under s. 52(1). This analysis rests on the proposition that statutory bodies can only derive the authority to consider *Charter* issues from Parliament or the legislatures. It lies entirely within the discretion of Parliament or the legislatures to confer this authority upon a tribunal or, conversely, to withhold this jurisdiction: *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. Consequently, the question in every case is “whether the legislature intended to confer on the tribunal the power to interpret and apply the *Charter*”: *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, at pp. 14-15.

73

Where such an intention is not stated expressly, it may be implied from the structure of the tribunal’s enabling legislation, the powers conferred on

Par conséquent, la fonction d’un organisme créé par une loi est un facteur de première importance pour déterminer s’il a été investi du pouvoir implicite d’accorder la réparation demandée. De tels pouvoirs implicites existent uniquement lorsqu’ils sont nécessaires en pratique pour que le tribunal judiciaire ou administratif puisse s’acquitter de sa mission : *Loi sur l’Office national de l’énergie (Can.) (Re)*, [1986] 3 C.F. 275 (C.A.). Bien qu’il ne soit pas essentiel que ces pouvoirs soient absolument nécessaires pour que le tribunal judiciaire ou administratif puisse réaliser les objectifs visés par sa loi constitutive, ils doivent être nécessaires pour lui permettre de le faire de façon efficace et efficiente : *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l’énergie*, [1978] 1 C.F. 601 (C.A.); *Bell Canada*, précité; Macaulay et Sprague, *op. cit.*, vol. 4, p. 29-2. Cette attention particulière à la fonction du tribunal judiciaire ou administratif, dans le cadre de la détermination des pouvoirs que le législateur lui a implicitement conférés, concorde avec l’approche fonctionnelle et structurelle applicable à l’égard du critère établi dans l’arrêt *Mills* décrite précédemment.

Il n’est pas étonnant que notre Cour ait adopté une approche analogue pour déterminer si un tribunal administratif a compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de sa loi constitutive au regard du par. 52(1). Cette analyse repose sur la prémisse selon laquelle seul le Parlement ou la législature concernée peut investir un organisme créé par une loi du pouvoir de connaître des questions liées à la *Charte*. Il appartient entièrement au Parlement ou aux législatures de conférer ce pouvoir à un tribunal administratif ou, à l’inverse, de l’en priver : *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Par conséquent, la question qui se pose dans chaque affaire est de savoir « si le législateur entendait conférer au tribunal le pouvoir d’interpréter et d’appliquer la *Charte* » : *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, p. 15.

Lorsque cette intention n’est pas indiquée explicitement, elle peut être inférée de l’économie de la loi habilitante du tribunal en question, des pouvoirs

the tribunal, the functions it performs and the overall context in which it operates under the legislation: *Tétreault-Gadoury* (S.C.C.), *supra*; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854. This is, in essence, a functional and structural analysis.

(3) Consistency with Section 24

Finally, the functional and structural approach to assessing a court or tribunal's power to grant the remedy sought comports with the principles under-scoring s. 24. As set out earlier, the task of the court in interpreting s. 24 of the *Charter* is to achieve a liberal, purposive approach that promotes direct access to appropriate and just *Charter* remedies under s. 24(1) and (2), while respecting the structure and practice of the existing court system and the exclusive role of the legislative branch in prescribing the jurisdiction of courts and tribunals. The proper approach to s. 24 cannot be so restrictive that it unnecessarily impedes direct access to *Charter* remedies in a competent forum, nor can it be overly relaxed, to the extent that courts and tribunals may find themselves burdened with applications for *Charter* relief that the legislature never intended — or equipped — them to entertain.

The functional and structural approach strikes this balance between meaningful access to *Charter* relief and deference to the role of the legislatures. It rests on the theory that where a legislature confers on a court or tribunal a function that involves the determination of matters where *Charter* rights may be affected, and furnishes it with processes and powers capable of fairly and justly resolving those incidental *Charter* issues, then it must be inferred, in the absence of a contrary intention, that the legislature intended to empower the tribunal to apply the *Charter*. This approach promotes direct and early access to *Charter* remedies in forums competent to issue such relief. At the same time, the jurisdiction

conférés à celui-ci, des fonctions qu'il exerce et du contexte global dans lequel il exerce ses activités en vertu de la loi : *Tétreault-Gadoury* (C.S.C.), précité; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854. Il s'agit là essentiellement d'une analyse fonctionnelle et structurelle.

(3) Conformité avec l'art. 24

Enfin, l'approche fonctionnelle et structurelle qui est appliquée pour décider si un tribunal judiciaire ou administratif a le pouvoir d'accorder la réparation demandée est compatible avec les principes qui sous-tendent l'art. 24. Comme il a été mentionné précédemment, il incombe au tribunal qui interprète l'art. 24 de la *Charte*, d'appliquer une approche libérale et téléologique, qui facilite l'accès direct à des réparations convenables et justes fondées sur les par. 24(1) et (2) de la *Charte*, tout en respectant la structure et les pratiques du système judiciaire existant ainsi que le rôle qui appartient en exclusivité au pouvoir législatif, soit celui de fixer la compétence des tribunaux judiciaires et administratifs. L'approche qu'il convient d'appliquer à l'égard de l'art. 24 ne doit pas être restrictive au point de gêner inutilement la possibilité d'avoir accès directement à des réparations fondées sur la *Charte* devant le forum compétent. Elle ne doit non plus être si souple que les tribunaux judiciaires et administratifs soient inondés de demandes de réparations fondées sur la *Charte* que le législateur n'a jamais voulu leur confier et à l'égard desquelles il ne leur a pas fourni les outils requis.

L'approche fonctionnelle et structurelle permet de réaliser cet équilibre entre l'accès concret aux réparations prévues par la *Charte* et la déférence envers le rôle des législatures. Elle repose sur la théorie selon laquelle, lorsqu'un législateur confie à un tribunal judiciaire ou administratif une fonction l'amenant à trancher des questions susceptibles de toucher des droits garantis par la *Charte* et le dote de mécanismes et procédures lui permettant de décider de façon juste et équitable ces questions accessoires liées à la *Charte*, il faut alors en déduire, en l'absence d'intention contraire, que le législateur entendait habiliter ce tribunal à appliquer la *Charte*. Cette approche

of courts and tribunals ultimately remains a matter of legislative intention. Parliament and the legislatures remain master over the powers the tribunals they create possess. Subject to constitutional constraints, they may withhold the power to grant any or all *Charter* remedies. They may indicate such exclusion either expressly, or by implication, such as where they do not properly equip the tribunal to hear and decide *Charter* rights and remedies. Whether Parliament or the legislature intended to exclude a particular remedial power is determined by reference to the function the legislature has asked the tribunal to perform and the powers and processes with which it has furnished it.

C. Application

76

The issue before us is whether a justice sitting under the *POA* can find that the Crown, by failing to disclose documents, is in breach of the *Charter* and order it to pay costs under s. 24(1). The resolution of this issue hinges on whether a provincial offences court is a “court of competent jurisdiction” under s. 24(1) for the purposes of ordering a costs award for a *Charter* violation. The first two elements of the tripartite *Mills* test for identifying a “court of competent jurisdiction” — jurisdiction over the parties and the subject matter — are clearly satisfied on the facts of this appeal. The sole issue is whether the provincial offences court satisfies the third and final element of the *Mills* test: power to grant the remedy sought.

favorise l'accès direct et rapide aux réparations fondées sur la *Charte* devant des juridictions compétentes pour les accorder. Par ailleurs, la question de la compétence des tribunaux judiciaires et administratifs dépend en dernière analyse de l'intention du législateur. Le Parlement et les législatures demeurent maîtres des pouvoirs que possèdent les tribunaux qu'ils créent. Sous réserve des limites d'ordre constitutionnel, ils peuvent priver un tribunal du pouvoir d'accorder soit toute réparation fondée sur la *Charte* soit l'une ou l'autre de ces réparations. Ils peuvent indiquer une telle exclusion de façon explicite ou implicite, par exemple dans ce dernier cas en ne dotant pas le tribunal des attributs requis pour statuer sur les droits et réparations prévus par la *Charte*. Pour décider si le Parlement ou la législature concernée entendait exclure un pouvoir de réparation donné, on examine la fonction qu'il a demandé au tribunal d'accomplir, ainsi que les pouvoirs et procédures dont celui-ci a été doté.

C. Application

La question dont nous sommes saisis est de savoir si le juge siégeant en vertu de la *LIP* peut conclure que la Couronne a contrevenu à la *Charte* en omettant de communiquer des documents et peut condamner celle-ci aux dépens en vertu du par. 24(1). Pour trancher cette question, il faut décider si le tribunal des infractions provinciales est un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) pour prononcer une condamnation aux dépens pour cause de violation de la *Charte*. À la lumière des faits du présent pourvoi, il est clair que sont respectés, en l'espèce, les deux premiers éléments du critère à trois volets énoncé dans l'arrêt *Mills* pour déterminer si un tribunal est un « tribunal compétent », à savoir la compétence sur les parties et la compétence sur l'objet du litige. Il reste seulement à décider si le tribunal des infractions provinciales satisfait au troisième et dernier élément du critère énoncé dans *Mills* : l'existence du pouvoir d'accorder la réparation demandée.

77

All parties agree that the *POA* does not expressly confer upon the provincial court the jurisdiction to

Les parties s'accordent pour dire que la *LIP* ne confère pas explicitement au tribunal provincial le

award legal costs as a *Charter* remedy. The remaining question, then, is whether such an intention is implied by the function and structure of the provincial offences court. I have reached the conclusion, upon consideration of these factors, that the provincial offences court is an appropriate forum for the just resolution of this *Charter* issue, and that the legislature, having sufficiently equipped this court to fashion a costs remedy in these circumstances, intended it to exercise this power to address violations of the *Charter* that arise in the course of its proceedings.

(1) The Function of the Provincial Offences Court

The function of a provincial court operating under the *POA* is to try provincial offences. While the majority of these offences involve minor regulatory infractions, they also concern important matters like environmental protection and, as here, workplace health and safety. These offences carry penalties ranging from significant fines to terms of imprisonment. The public and penal nature of such prosecutions suggests they are more criminal than civil in nature: see W. D. Drinkwalter and J. D. Ewart, *Ontario Provincial Offences Procedure* (1980), at pp. 4-7. Provincial offences courts are, for practical purposes, quasi-criminal courts, determining guilt and innocence and imposing commensurate criminal penalties.

This brings the provincial offences court within the ambit of *Mills*. As discussed, this Court in *Mills* envisioned a front-line role for statutory criminal courts in dispensing *Charter* remedies, with the superior courts occupying a complete and concurrent, but primarily residual role in proceedings not originating before them. Indeed, a superior court is compelled to decline jurisdiction to issue *Charter* relief, unless "it is more suited than the trial court to

pouvoir d'accorder les frais de justice en tant que réparation fondée sur la *Charte*. La question qu'il reste donc à trancher est de savoir si cette intention ressort implicitement de la fonction et de la structure du tribunal des infractions provinciales. Après examen de ces facteurs, j'en suis arrivée à la conclusion que ce tribunal est un forum approprié pour apporter une juste solution à cette question touchant la *Charte* et que, l'ayant doté des outils suffisants pour lui permettre de façonner une réparation au titre des dépens dans les circonstances, la législature entendait qu'il exerce ce pouvoir pour remédier aux violations de la *Charte* survenant au cours des procédures se déroulant devant lui.

(1) La fonction du tribunal des infractions provinciales

Le tribunal agissant en vertu de la *LIP* a pour fonction de juger les infractions provinciales. Bien que ces infractions soient en majorité des infractions mineures d'ordre réglementaire, elles portent aussi sur des questions importantes comme la protection de l'environnement et, dans le cas qui nous occupe, la santé et la sécurité au travail. Ces infractions entraînent des peines allant d'amendes considérables à des périodes d'emprisonnement. Le caractère public et pénal des poursuites intentées à l'égard de ces infractions indique que ces poursuites ont un caractère davantage criminel que civil : voir W. D. Drinkwalter et J. D. Ewart, *Ontario Provincial Offences Procedure* (1980), p. 4-7. À toutes fins pratiques, le tribunal des infractions provinciales est une cour de juridiction quasi criminelle, qui décide de la culpabilité ou de l'innocence de l'intéressé et inflige des sanctions d'ordre criminel appropriées.

En conséquence, le tribunal des infractions provinciales est visé par l'arrêt *Mills*. Comme il a été vu plus tôt, dans *Mills* notre Cour a envisagé pour les juridictions criminelles créées par une loi un rôle d'intervenant de première ligne en matière de réparations fondées sur la *Charte*, les cours supérieures jouant un rôle complet et parallèle, mais avant tout residuel, dans les instances non introduites devant elles. D'ailleurs, une cour supérieure est tenue de

assess and grant the remedy that is just and appropriate”: *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 603; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 37-24. Provincial offences courts, like other criminal trial courts, are the preferred forum for issuing *Charter* remedies in the cases originating before them, where they will have the “fullest account of the facts available” (*Mills*, at p. 971, *per La Forest J.*). This is particularly true where the *Charter* violation relates to the conduct of the trial: *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. This role commends a full complement of criminal law remedies at the disposal of provincial offences courts. This broad remedial jurisdiction is necessary to prevent frequent resort to superior courts to fill gaps in statutory jurisdiction, and to ensure that the remedy that ultimately flows is in fact both appropriate and just.

se déclarer incompétente pour accorder une réparation fondée sur la *Charte*, sauf si « elle [. . .] s’estime plus apte que la juridiction de jugement pour déterminer et accorder la réparation juste et convenable » : *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, p. 603-604; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 37-24. À l’instar des autres juridictions de jugement, le tribunal des infractions provinciales constitue la juridiction privilégiée pour accorder des réparations fondées sur la *Charte* dans les affaires introduites devant lui, puisqu’il dispose alors de « l’exposé le plus complet possible des faits » (*Mills*, p. 971, *le juge La Forest*). C’est particulièrement vrai lorsque la violation de la *Charte* est liée au déroulement du procès : *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. Pour s’acquitter de ce rôle, le tribunal des infractions provinciales doit disposer de toute la panoplie des réparations du droit criminel. Cette vaste compétence réparatrice est nécessaire afin d’empêcher que l’on s’adresse trop fréquemment aux cours supérieures pour suppléer aux lacunes de la compétence prévue par la loi et afin de garantir que la réparation accordée en bout de ligne soit dans les faits convenable et juste.

80

Costs awards to discipline untimely disclosure are integrally connected to the function of the provincial offences court as a quasi-criminal trial court. Costs awards have a long history as a traditional criminal law remedy. Although sparingly used prior to the advent of the *Charter*, superior courts have always possessed the inherent jurisdiction to award costs against the Crown: *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568; *R. v. Pawlowski* (1993), 12 O.R. (3d) 709 (C.A.), at p. 712. In recent years, costs awards have attained more prominence as an effective remedy in criminal cases; in particular, they have assumed a vital role in enforcing the standards of disclosure established by this Court in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. See, for example: *Pawlowski*, *supra*; *Pang*, *supra*; *R. v. Regan* (1999), 137 C.C.C. (3d) 449 (N.S.C.A.).

Le prononcé d’une condamnation aux dépens pour sanctionner la communication tardive d’éléments de preuve fait partie intégrante du rôle du tribunal des infractions provinciales en tant que cour de juridiction quasi criminelle. Les dépens sont une réparation traditionnelle du droit criminel. Bien que les cours supérieures y aient peu souvent eu recours avant l’édiction de la *Charte*, elles ont toujours possédé le pouvoir inhérent de condamner la Couronne aux dépens : *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568; *R. c. Pawlowski* (1993), 12 O.R. (3d) 709 (C.A.), p. 712. Au cours des dernières années, la condamnation aux dépens à pris une place plus importante en tant que réparation efficace dans les affaires criminelles; en particulier, elle est devenue une mesure cruciale en vue d’assurer le respect des normes de communication de la preuve établies par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Voir, par exemple : *Pawlowski*, précité; *Pang*, précité; *R. c. Regan* (1999), 137 C.C.C. (3d) 449 (C.A.N.-É.).

Such awards, while not without a compensatory element, are integrally connected to the court's control of its trial process, and intended as a means of disciplining and discouraging flagrant and unjustified incidents of non-disclosure. Deprived of this remedy, a provincial offences court may be confined to two extreme options for relief — a stay of proceedings or a mere adjournment — neither of which may be appropriate and just in the circumstances. Since untimely pre-trial disclosure will rarely merit a stay of proceedings when the court can protect the fairness of the trial with a disclosure order (*O'Connor, supra*, at paras. 75-83; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at paras. 90-92), denying the provincial offences court the jurisdiction to issue a costs award may deprive it of the only effective remedy to control its process and recognize the harm incurred, even in cases involving unjustified and flagrant disregard for the accused's rights. In these circumstances, the issuance of a costs award is a quintessential example of "the development of imaginative and innovative remedies when just and appropriate" that Lamer J. identified as essential to the meaningful enforcement of *Charter* rights through the s. 24 guarantee (*Mills, supra*, at p. 887).

Further, fracturing the availability of *Charter* remedies between provincial offences courts and superior courts could, in some circumstances, effectively deny the accused access to a remedy and a court of competent jurisdiction. It may be unrealistic to expect criminal accused, who often rely on legal aid to mount a defence against the state, to bring a separate action in the provincial superior court to recover the costs arising from the breach of their *Charter* rights. This option, while available in theory, may far too often prove illusory in practice. While some delay or inconvenience may be an inevitable result of balancing access to *Charter* relief with the practice and structure of the existing

Bien qu'elle comporte un aspect indemnitaire, une telle réparation est intimement liée à la maîtrise que le tribunal exerce sur sa procédure et elle se veut un moyen de sanctionner et de décourager les cas flagrants et injustifiés de non-communication de la preuve. Privé de cette réparation, le tribunal des infractions provinciales pourrait n'avoir le choix qu'entre deux mesures de redressement extrêmes — l'arrêt des procédures et le simple ajournement — qui risquent toutes deux de ne pas être convenables et justes eu égard aux circonstances. Puisque le défaut de communiquer un élément de preuve en temps utile avant le procès justifie rarement l'arrêt des procédures, lorsque le tribunal peut préserver l'équité du procès au moyen d'une ordonnance de communication (*O'Connor*, précité, par. 75-83; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 90-92), le fait de refuser au tribunal des infractions provinciales le pouvoir d'ordonner le paiement de dépens pourrait le priver de la seule réparation efficace lui permettant de faire respecter sa procédure et de tenir compte du préjudice causé, même dans les affaires où on a fait fi de manière flagrante et injustifiée des droits de l'accusé. Dans de telles circonstances, le fait d'accorder les dépens constitue l'exemple type de « développe[ment] d[e] réparations imaginatives et innovatrices lorsque cela est juste et convenable », mesure que le juge Lamer a qualifiée d'essentielle pour assurer concrètement l'application des droits protégés par la *Charte* au moyen de la garantie de l'art. 24 (*Mills*, précité, p. 887).

En outre, le fait de diviser entre le tribunal des infractions provinciales et les cours supérieures le pouvoir d'ordonner des réparations fondées sur la *Charte* pourrait avoir pour effet, dans certains cas, d'empêcher concrètement l'accusé d'avoir accès à une réparation et à un tribunal compétent. Il n'est peut-être pas réaliste de s'attendre à ce que l'accusé — qui est souvent tributaire de l'aide juridique pour se défendre contre l'État — intente une action distincte devant la cour supérieure de la province pour être indemnisé des frais découlant de la violation des droits que lui garantit la *Charte*. Quoiqu'elle existe en théorie, cette solution risque trop souvent de s'avérer illusoire en pratique. Par

legal system, the Court should not interpret the will of the legislature in such a way that it results in the effective denial of *Charter*-mandated relief, in the absence of an unequivocal indication to this effect.

ailleurs, quoique le fait de concilier l'accès aux réparations fondées sur la *Charte* d'une part et la pratique et la structure du système de justice existant d'autre part puisse entraîner inévitablement des retards ou des inconvénients, notre Cour ne doit pas, en l'absence d'indication claire à cet effet, interpréter la volonté du législateur d'une manière qui se traduirait dans les faits par la négation d'une réparation prescrite par la *Charte*.

83

The Crown contends that recognizing the jurisdiction in provincial offences courts to order costs for *Charter* breaches would undermine the specialized function of these courts. It argues that the emphasis of the *POA* is on the expedient adjudication of regulatory offences. Since many of these offences involve minor traffic, liquor or municipal by-law infractions with nominal fines, the Crown contends that the framers did not intend to burden these processes with the additional complication and delay of assessing costs awards. The prejudice in these proceedings is less than in criminal proceedings, it is argued, and full legal costs are not required to ameliorate any prejudice that arises from *Charter* violations.

La Couronne soutient que reconnaître au tribunal des infractions provinciales le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens en cas de violation de la *Charte* nuirait au rôle spécialisé de ce tribunal. Il plaide que l'idée maîtresse de la *LIP* est la célérité de la prise des décisions touchant les infractions d'ordre réglementaire. Comme bon nombre de ces infractions constituent des contraventions mineures soit à des dispositions relatives à la circulation automobile ou aux boissons alcooliques, soit à des règlements municipaux, infractions punissables par des amendes peu élevées, la Couronne affirme que les rédacteurs de la loi habilitante n'ont pas voulu alourdir ces procédures en leur ajoutant la complexité et les délais supplémentaires qu'occasionne la question des dépens. Le préjudice en cause dans ces instances est moins grand que dans les affaires criminelles, plaident-on, et il n'est pas nécessaire d'accorder le plein montant des frais de justice pour remédier à quelque préjudice découlant de violations de la *Charte*.

84

It is true that the provincial offences court performs a specialized function that is distinct, in some respects, from that of a traditional criminal court. The purpose of the *POA*, as set out in s. 2(1), is to establish a procedure for the prosecution of provincial offences "that reflects the distinction between provincial offences and criminal offences". However, as discussed, this distinction is not between criminal and non-criminal offences, but rather between criminal and quasi-criminal offences. The proceedings remain penal in nature. And while many of the prosecutions under the *POA* may indeed involve minor regulatory infractions, claims for *Charter* relief will generally arise from prosecutions that involve significant fines and the

Il est vrai que le tribunal des infractions provinciales exerce une fonction spécialisée qui, à certains égards, se distingue de celle d'une cour de juridiction criminelle traditionnelle. L'objet de la *LIP*, qui est énoncé au par. 2(1), est d'établir une procédure applicable à la poursuite des infractions provinciales « qui reflète la distinction existant entre les infractions provinciales et les infractions criminelles ». Toutefois, comme il a été expliqué plus tôt, la distinction ne porte pas sur les infractions criminelles et les infractions non criminelles, mais plutôt sur les infractions criminelles et les infractions quasi criminelles. Les instances conservent leur caractère pénal. En outre, bien que bon nombre de poursuites intentées en vertu de la *LIP*

possibility of imprisonment. In these cases, the distinction between provincial courts operating under the *Criminal Code* and the *POA* is far less material. The maximum sentence faced by the individual respondent in the instant case — a \$25,000 fine and/or 12 months imprisonment — exceeds the penalties generally levied for a number of summary conviction offences.

Further, the Crown concedes that legal costs in criminal and regulatory matters are an exceptional or remarkable event. It is consequently difficult to see how empowering the provincial offences court to order this remedy as an exceptional tool, in the comparatively few instances when *Charter* breaches would arise before it, imperils the expedient operation of these courts.

Nor will recognizing the jurisdiction in provincial offences courts to issue costs awards as a *Charter* remedy risk turning the Canadian legal system “upside down”. By ensuring that the remedies available to the provincial offences court fall within its competency as an institution to issue, meaningful access to *Charter* relief is promoted with minimal disruption to the existing jurisdictional scheme. There is little reason to believe that awarding costs will strain the work habits, resources or expertise of provincial offences courts; in fact, experience to this point suggests otherwise.

Neither is there any indication that the Crown will be subjected to such awards unfairly or arbitrarily. Crown counsel is not held to a standard

portent effectivement sur des infractions mineures d’ordre réglementaire, les demandes de réparations fondées sur la *Charte* découlent généralement de poursuites pour des infractions punissables par des amendes importantes et par l’emprisonnement. Dans ces affaires, la distinction entre les cours provinciales appliquant le *Code criminel* et le tribunal appliquant la *LIP* est beaucoup moins importante. La peine maximale dont est passible la personne physique intimée en l’espèce — une amende de 25 000 \$ et une période d’emprisonnement de 12 mois, ou l’une ou l’autre de ces peines — excède les peines généralement infligées à l’égard d’un certain nombre d’infractions punissables par voie de déclaration sommaire de culpabilité.

La Couronne concède également que la condamnation au paiement des frais de justice dans les affaires en matières criminelles et réglementaires constitue une mesure exceptionnelle ou extraordinaire. Il est donc difficile de voir comment le fait d’habiliter le tribunal des infractions provinciales à ordonner cette réparation en tant que mesure exceptionnelle, dans les instances relativement peu nombreuses où des violations de la *Charte* se produisent devant lui, mettrait en péril le caractère expéditif de la procédure de ce tribunal.

Reconnaître au tribunal des infractions provinciales la compétence d’accorder les dépens à titre de réparation fondée sur la *Charte* ne risque pas non plus de « bouleverser » le système de justice canadien. En faisant en sorte que le tribunal des infractions provinciales ait compétence, en tant qu’institution, pour accorder les réparations qui existent, on favorise l’accès concret aux réparations fondées sur la *Charte* tout en ne dérangeant que de façon minimale le régime existant de compétence des tribunaux. Il y a peu de raison de croire que le fait de pouvoir statuer sur les dépens affectera les habitudes de travail, les ressources ou l’expertise du tribunal des infractions provinciales; en fait, l’expérience observée jusqu’à maintenant suggère le contraire.

Il n’y a pas non plus la moindre indication que la Couronne sera condamnée aux dépens d’une manière inéquitable ou arbitraire. Les avocats de

85

86

87

of perfection, and costs awards will not flow from every failure to disclose in a timely fashion. Rather, the developing jurisprudence uniformly restricts such awards, at a minimum, to circumstances of a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of the prosecution. I fail to see how the provision of an expedient remedy in such cases, from a trial court that is not only competent but also ideally situated to make such an assessment, risks disrupting the existing system of justice.

88 Indeed, a failure to recognize this jurisdiction may arguably result in far more disruption of the administration of justice, by requiring resort to another forum to obtain an appropriate and just remedy, with all the attendant delays, expense and inconvenience. Most importantly, it may, as a matter of practical reality, deprive an accused of an appropriate and just remedy for even flagrant violations of his or her *Charter* rights, and thus render illusory both these guaranteed protections and the promise of their enforcement.

89 In summary, the provincial offences court's role as a quasi-criminal court of first instance weighs strongly in favour of an expansive remedial jurisdiction under s. 24 to promote complete resolution of *Charter* issues in the forum best situated to resolve them. In this light, authority to discipline egregious incidents of non-disclosure through awards of legal costs is consistent with — and would enhance — the role performed by these courts in the administration of criminal justice.

(2) The Structure of the Provincial Offences Court

90 The same features that characterize the provincial offences court as a quasi-criminal court also commend it as an appropriate forum for assessing costs awards for *Charter* breaches arising from non-disclosure. There is no appreciable difference between

la Couronne ne sont pas tenus à la perfection et les dépens ne seront pas accordés à chaque omission de communiquer la preuve en temps opportun. Au contraire, la jurisprudence qui s'établit à cet égard limite systématiquement l'octroi des dépens aux dérogations marquées et inacceptables par la poursuite aux normes raisonnables qu'on s'attend qu'elle respecte. Je ne vois pas en quoi le fait qu'une réparation appropriée soit accordée par une juridiction de jugement qui est non seulement compétente mais également fort bien placée pour rendre une telle décision risque de bouleverser le système juridique existant.

D'ailleurs, on peut prétendre que le fait de ne pas reconnaître cette compétence perturberait davantage l'administration de la justice, en obligeant l'intéressé à s'adresser à un autre forum pour obtenir une réparation convenable et juste, avec tous les frais, délais et inconvénients afférents à une telle démarche. Par-dessus tout, ce fait pourrait en pratique priver l'accusé d'une telle réparation, même à l'égard d'atteintes flagrantes aux droits qui lui sont garantis par la *Charte*, et rendre ainsi illusoire ces garanties et la promesse de leur application.

En résumé, le rôle que joue le tribunal des infractions provinciales à titre de juridiction quasi criminelle de première instance milite fortement en faveur de la reconnaissance d'un vaste pouvoir de réparation fondé sur l'art. 24 visant à favoriser la résolution complète des questions liées à la *Charte* par la juridiction la mieux placée pour les régler. Considéré sous cet éclairage, le pouvoir de sanctionner les graves cas de non-communication de la preuve en ordonnant le paiement des frais de justice est non seulement compatible avec le rôle que joue ce type de tribunal dans l'administration de la justice pénale, mais il aurait également pour effet de le renforcer.

(2) La structure du tribunal des infractions provinciales

Les mêmes caractéristiques qui font du tribunal des infractions provinciales une juridiction quasi criminelle en font également un forum approprié pour accorder les dépens pour les violations de la *Charte* découlant de non-communication de la

criminal and quasi-criminal courts in terms of the structural limits of their proceedings. A court in which a justice presides over the trial of a provincial offence under the *POA* is clearly structured as a traditional “court”. Iacobucci J., dissenting in *Weber, supra*, noted the salient characteristics of a “court”: “the rules of procedure and evidence, the independence and legal training of its judges, the possibility of hearing from a third party intervener such as an Attorney General or an *amicus curiae*” (p. 942). A provincial offences court trying an offence under the *POA* satisfies this description. It has its own detailed procedural rules (*Rules of the Ontario Court (Provincial Division) in Provincial Offences Proceedings*, R.R.O. 1990, Reg. 200), and abides by the standard rules of evidence. Judicial independence is required of justices of the peace. They receive legal training. The court’s rulings are subject to appellate review, and there can be interveners on this appeal (*Rules of the Court of Appeal in Appeals Under the Provincial Offences Act*, Reg. 721/94, Rule 21(1)). In sum, it is a judicial process in an adversarial forum governed by the traditional rules of evidence.

The Crown alleges that a number of structural deficiencies in *POA* proceedings impair the ability of provincial offences courts to justly and fairly order costs awards under s. 24(1). It notes that the *POA* lacks a formal method of tariff calculation and makes no provision for the enforcement of costs orders once levied. In sum, the Crown argues that recognizing a jurisdiction in provincial offences courts to order payment of legal costs under s. 24(1) would cast these courts into waters in which they are not properly equipped to tread.

I do not share this concern. Issues of notice and computation of costs have not proven unmanageable.

Il n’y a aucune différence appréciable entre les cours criminelles et quasi criminelles du point de vue des limites structurelles de leurs procédures. Le tribunal où un juge préside, en vertu de la *LIP*, un procès relatif à une infraction provinciale est clairement structuré comme un « tribunal » traditionnel. Dans sa dissidence dans l’arrêt *Weber*, précité, le juge Iacobucci a fait état des principales caractéristiques d’un « tribunal » : « les règles de procédure et de preuve, l’indépendance et la formation juridique de ses juges, la possibilité d’entendre un tiers intervenant comme un procureur général ou un *amicus curiae* » (p. 942). Le tribunal des infractions provinciales qui juge une infraction en vertu de la *LIP* correspond à cette description. Il dispose de ses propres règles de procédure détaillées (*Rules of the Ontario Court (Provincial Division) in Provincial Offences Proceedings*, R.R.O. 1990, Règl. 200), et il suit les règles de preuve ordinaires. Les juges de paix doivent être indépendants. Ils reçoivent une formation juridique. Les décisions du tribunal sont susceptibles de révision par voie d’appel et des intervenants peuvent participer à cet appel (*Règles de la Cour d’appel relatives aux appels interjetés en vertu de la Loi sur les infractions provinciales* de l’Ontario, Règl. 721/94, règle 21(1)). En bref, les instances du tribunal sont des instances judiciaires se déroulant dans le cadre d’une procédure contradictoire régie par les règles de preuve traditionnelles.

La Couronne affirme qu’un certain nombre de vices structurels affectant les procédures fondées sur la *LIP* nuisent à la capacité du tribunal des infractions provinciales de rendre, en vertu du par. 24(1), une ordonnance juste et équitable concernant les dépens. Il souligne que la *LIP* ne prévoit pas de méthode formelle de calcul des dépens et ne pourvoit pas à l’exécution des ordonnances de dépens une fois celles-ci rendues. Bref, la Couronne prétend que reconnaître au tribunal des infractions provinciales la compétence d’ordonner le paiement des dépens en vertu du par. 24(1) plongerait ces tribunaux dans des eaux qu’ils ne sont pas adéquatement équipés pour naviguer.

Je ne partage pas cette crainte. Les problèmes de notification et de calcul des dépens ne se sont pas

ble for provincial courts. Further, trial and appellate courts are developing guidelines to govern when such awards are appropriate and just, curbing the potential for arbitrary or unfair awards: *Pawlowski, supra*; *Pang, supra*; *R. v. Jedyneck* (1994), 16 O.R. (3d) 612 (Gen. Div.); *R. v. Dodson* (1999), 70 C.R.R. (2d) 65 (Ont. C.A.), at p. 73; *R. v. Robinson* (1999), 142 C.C.C. (3d) 303 (Alta. C.A.). Finally, since costs awards are only issued against the Crown, complex collection mechanisms and contempt procedures are unnecessary. These considerations suggest that the fashioning of costs orders as a *Charter* remedy may be safely entrusted to provincial offences courts.

(3) Conclusions on Power to Grant the Remedy Sought in the Instant Case

93

As a quasi-criminal trial court, *POA* justices may be assumed, absent a contrary indication, to possess the power to order payment of legal costs by the Crown as a remedy for *Charter* violations arising from untimely disclosure. This power may be inferred from their quasi-criminal function and structure. As with other criminal trial courts, the role of the provincial offences court in the broader legal system, and particularly its role as a court of first instance, provide the most valuable insight into the powers the legislature intended it to exercise. It is not necessary to engage in a searching examination of the constituent statute to issue the same “type of” remedy in the non-*Charter* context.

94

The language of the *POA*, however, cannot be ignored. If it indicates that the legislature did not intend the provincial offences courts to issue costs orders as a *Charter* remedy, then these courts are

révélés impossibles à gérer pour les cours provinciales. En outre, les tribunaux de première instance et les cours d’appel élaborent des lignes directrices permettant de déterminer dans quels cas de telles ordonnances sont convenables et justes, réduisant ainsi le risque que les dépens soient octroyés de manière arbitraire ou inéquitable : *Pawlowski*, précité; *Pang*, précité; *R. c. Jedyneck* (1994), 16 O.R. (3d) 612 (Div. gén.); *R. c. Dodson* (1999), 70 C.R.R. (2d) 65 (C.A. Ont.), p. 73; *R. c. Robinson* (1999), 142 C.C.C. (3d) 303 (C.A. Alb.). Enfin, puisque les dépens sont adjugés uniquement contre la Couronne, il est inutile d’établir de complexes mécanismes de perception des dépens et procédures en matière d’outrage. Ces facteurs tendent à indiquer qu’on peut confier sans risque au tribunal des infractions provinciales la responsabilité d’élaborer des ordonnances en matière de dépens en tant que réparation fondée sur la *Charte*.

(3) Conclusions relatives au « pouvoir d’accorder la réparation demandée » dans la présente affaire

Sauf indication contraire, on peut présumer que les juges de la *LIP* possèdent, en tant que cour de juridiction quasi criminelle, le pouvoir d’ordonner à la Couronne de payer les frais de justice à titre de réparation pour les violations de la *Charte* découlant du défaut de communiquer la preuve en temps utile. L’existence de ce pouvoir peut être inférée du caractère quasi criminel de la fonction et de la structure de ce tribunal. Comme c’est le cas pour d’autres juridictions criminelles de première instance, le rôle du tribunal des infractions provinciales dans l’ensemble du système de justice, particulièrement son rôle de tribunal de première instance, fournit l’indication la plus précieuse sur les pouvoirs que la législature entendait qu’il exerce. Il n’est pas nécessaire de se livrer à un examen approfondi de sa loi constitutive pour trouver le fondement législatif du pouvoir d’accorder le même « genre de » réparation lorsque la *Charte* ne s’applique pas.

On ne saurait toutefois faire abstraction du texte de la *LIP*. Si celui-ci indique que la législature n’entendait pas que le tribunal des infractions provinciales rende des ordonnances en matière de dépens

not so empowered. This brings us to the Crown's argument that the legislature confined the power of *POA* justices to grant costs (and, even then, only witness costs) to specific procedural breaches and that this indicates an intention not to permit them to grant *Charter* remedies for costs in matters other than those prescribed by the *POA*.

I cannot accept this argument. Given all the elements in this case that point to the power to make the order sought under s. 24, I find it difficult to infer a contrary intention from the fact that the statute does not confer on the court a general right to award legal costs. The legislature gave the court functions destined to attract *Charter* issues. These functions by their nature are likely to bring the tribunal into the domain of *Charter* rights. They necessarily implicate matters covered by the *Charter*, including fair trial rights and remedies for violations of these rights. It is therefore reasonable to assume that the legislature intended the *POA* court to deal with those *Charter* issues incidental to its process that it is suited to resolve, by virtue of its function and structure.

In criminal proceedings, incidental *Charter* issues are routinely resolved at the trial stage without recourse to other proceedings, a procedure repeatedly endorsed by this Court as desirable: *Mills, supra*; *Rahey, supra*; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53. It is logical to assume that the Ontario Legislature intended the *POA* to operate in tandem with the *Charter*, rather than to negate the *Charter*'s application. Rather than inferring that the legislature intended to narrow the operation of the *Charter* with its silence on the issue of the provincial offences court's jurisdiction under s. 24, the more reasona-

à titre de réparation fondée sur la *Charte*, il n'est alors pas habilité à le faire. Cela nous amène à l'argument de la Couronne selon lequel, d'une part, la législature a limité à des violations procédurales particulières le pouvoir qu'ont les juges de la *LIP* d'accorder les dépens (et encore là, seulement à l'égard des frais des témoins) et, d'autre part, ce fait traduirait l'intention de ne pas autoriser ces juges à rendre de telles ordonnances en tant que réparation fondée sur la *Charte* dans d'autres situations que celles prévues par la *LIP*.

Je ne peux accepter cet argument. Compte tenu de tous les éléments qui, dans la présente affaire, militent en faveur de la reconnaissance du pouvoir de rendre l'ordonnance demandée en vertu de l'art. 24, j'estime qu'il est difficile d'inférer l'intention contraire du fait que la loi ne confère pas au tribunal le droit général d'adjuger les frais de justice. La législature a confié au tribunal des fonctions qui ne manquent pas de soulever des questions liées à la *Charte*. De par leur nature, ces fonctions sont susceptibles d'entraîner le tribunal dans le domaine des droits garantis par la *Charte*. Ces fonctions soulèvent nécessairement des questions visées par la *Charte*, notamment le droit à un procès équitable et les réparations afférentes aux atteintes à ce droit. Il est donc raisonnable de supposer que la législature entendait que le tribunal de la *LIP* connaisse des questions incidentes liées à la *Charte* qui surviennent dans le cours de ses procédures et qu'il est apte à résoudre, du fait de sa fonction et de sa structure.

En matière criminelle, on résout généralement à l'étape du procès, sans engager d'autres procédures, les questions incidentes liées à la *Charte*, façon de faire que notre Cour a à maintes reprises déclarée souhaitable : *Mills*, précité; *Rahey*, précité; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53. Il est logique de présumer que la législature ontarienne entendait faire en sorte que la *LIP* soit appliquée de concert avec la *Charte* plutôt que neutraliser l'application de celle-ci. Au lieu d'inférer que, par son silence sur la question de la compétence du tribunal des infractions provinciales en matière d'appli-

ble inference is that it intended to supplement the court's work with the incidental *Charter* remedies that it is suited to issue.

cation de l'art. 24, la législature voulait restreindre l'application de la *Charte*, il est plus raisonnable de déduire qu'elle entendait élargir la fonction du tribunal aux réparations incidentes fondées sur la *Charte* que celui-ci est apte à accorder.

97

Consequently, I conclude that the provincial offences court enjoys the necessary power to grant the remedy sought in the present case, and is thus a "court of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24(1). In my opinion, this result represents an appropriate and principled integration of the procedural regime established by the legislature and the constitutional regime established by the *Charter*.

En conséquence, je conclus que le tribunal des infractions provinciales jouit du pouvoir nécessaire pour accorder la réparation demandée en l'espèce et qu'il est donc un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1). À mon avis, ce résultat constitue une harmonisation appropriée et fondée sur des principes du régime procédural établi par la législature et du régime constitutionnel établi par la *Charte*.

VI. Conclusion

VI. Conclusion

98

I would dismiss the appeal and remit the matter to the Superior Court of Justice for determination of whether the trial justice erred in finding the conduct of the prosecution warranted an order for legal costs on the facts of the case. The respondents should have their costs here and below.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour supérieure de justice pour qu'elle décide si le juge du procès a fait erreur en concluant, à la lumière des faits de l'espèce, que la conduite de la poursuite justifiait sa condamnation au paiement des frais de justice. Les intimés ont droit aux dépens tant devant notre Cour que devant les juridictions inférieures.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'appelante : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitors for the respondents: Donahue Ernst & Young LLP, Toronto.

Procureurs des intimés : Donahue Ernst & Young LLP, Toronto.

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

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

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: The Criminal Lawyers' Association of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association of Ontario : Criminal Lawyers' Association of Ontario, 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



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 2001 Vol. 3

4^e cahier, 2001 Vol. 3

Cited as [2001] 3 S.C.R. 623-822

Renvoi [2001] 3 R.C.S. 623-822

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrétiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis 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

Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)746

Indians — Reserves — Lands taken for public purposes — Federal order in council granting province interest in lands occupied by irrigation canal crossing Indian reserve — Whether lands taken by province are still “in the reserve” such that they are assessable and taxable pursuant to Band by-laws — Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 35 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 83(1)(a) — Water Act, R.S.B.C. 1948, c. 361, s. 21.

Paul D’Aoust Construction Ltd. v. Markel Insurance Co. of Canada744

Commercial law — Construction — Performance bonds — Delivery — Contractor signing bond with bond company — Bond not delivered to owner — Delivery required to make bond effective.

R. v. Golden679

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be secure against unreasonable search and seizure — Search incident to arrest — Strip search of accused in public place resulting in seizure of crack cocaine — Whether strip search infringed accused’s right to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Criminal law — Search and seizure — Search incident to arrest — Strip search of accused in public place resulting in seizure of crack cocaine — Whether scope of common law “search incident to arrest” power broad enough to encompass authority to strip search arrested individual — If so, whether common law reasonable — Whether strip search of accused was carried out in reasonable manner.

R. v. Hynes623

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Preliminary inquiry — Exclusion of evidence — Whether preliminary inquiry justice is court of competent jurisdiction to exclude evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

SOMMAIRE

Bande indienne d’Osoyoos c. Oliver (Ville)746

Indiens — Réserves — Terres prises pour cause d’utilité publique — Décret fédéral concédant à la province un droit sur des terres occupées par un canal d’irrigation traversant une réserve indienne — Les terres prises par la province sont-elles encore « dans la réserve » et, de ce fait, évaluables et imposables en vertu de la réglementation pertinente de la Bande — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 35 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 83(1)a) — Water Act, R.S.B.C. 1948, ch. 361, art. 21.

Paul D’Aoust Construction Ltd. c. Markel Compagnie d’assurance du Canada744

Droit commercial — Construction — Garanties de bonne exécution — Livraison — Entrepreneur signant une garantie de bonne exécution avec une compagnie garante — Acte de garantie non livré au propriétaire — Livraison requise pour que la garantie s’applique.

R. c. Golden679

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives — Fouille accessoire à une arrestation — Saisie de crack résultant de la fouille à nu d’un accusé dans un endroit public — La fouille à nu de l’accusé a-t-elle porté atteinte au droit de ce dernier à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit criminel — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à une arrestation — Saisie de crack résultant de la fouille à nu d’un accusé dans un endroit public — Le pouvoir reconnu par la common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est-il assez vaste pour englober le pouvoir de soumettre une personne arrêtée à une fouille à nu? — Dans l’affirmative, la common law est-elle raisonnable? — La fouille à nu de l’accusé a-t-elle été effectuée de manière raisonnable?

R. c. Hynes623

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Enquête préliminaire — Exclusion d’éléments de preuve — Le juge présidant une enquête préliminaire est-il un tribunal compétent pour écarter des éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Dwayne W. Hynes *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada,
the Attorney General for Ontario,
the Attorney General of Manitoba,
the Attorney General of British Columbia
and the Attorney General for
Alberta** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. HYNES

Neutral citation: 2001 SCC 82.

File No.: 27443.

2001: February 13; 2001: December 6.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Preliminary inquiry — Exclusion of evidence — Whether preliminary inquiry justice is court of competent jurisdiction to exclude evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

The accused stands charged with three offences under the *Criminal Code* arising from a motor vehicle accident. The judge presiding over the preliminary hearing into the charges held *voir dire*s to determine the admissibility of statements made by the accused to the police while he was under arrest. The accused argued that these statements were obtained by the police in a fashion infringing his rights under ss. 7, 10(a), 10(b) and 11(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. After completion of the Crown's evidence on each of the *voir dire*s, the accused sought a declaration that the presiding judge constituted a "court of competent jurisdiction" under s. 24 of the *Charter*. The judge refused on the ground that, sitting in his capacity as a preliminary inquiry justice, he was not a "court of competent jurisdiction" for the

Dwayne W. Hynes *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada,
le procureur général de l'Ontario,
le procureur général du Manitoba,
le procureur général de la Colombie-
Britannique et le procureur général de
l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. HYNES

Référence neutre : 2001 CSC 82.

N° du greffe : 27443.

2001 : 13 février; 2001 : 6 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Enquête préliminaire — Exclusion d'éléments de preuve — Le juge président une enquête préliminaire est-il un tribunal compétent pour écarter des éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

L'accusé a été inculpé de trois infractions au *Code criminel* découlant d'un accident impliquant un véhicule à moteur. Le juge qui a présidé l'enquête préliminaire portant sur ces accusations a tenu des *voir-dire* pour décider de l'admissibilité de déclarations faites par l'appelant aux policiers pendant qu'il était en état d'arrestation. L'appelant a plaidé que les policiers avait obtenu ces déclarations d'une manière portant atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et les al. 10a), 10b) et 11a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À chaque *voir-dire*, après la clôture de la preuve du ministère public, l'appelant a demandé un jugement déclaratoire portant que le juge président l'enquête préliminaire constituait un « tribunal compétent » au sens de l'art. 24 de la *Charte*. Le juge a refusé la demande pour le motif

purpose of excluding evidence under s. 24(2). The Trial Division dismissed the accused's application to direct the preliminary inquiry judge to conduct the inquiry under s. 24. The Court of Appeal upheld that decision.

Held (Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and LeBel JJ.: A justice presiding at a preliminary inquiry is not a "court of competent jurisdiction" for the purpose of excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

A "court of competent jurisdiction" is one that possesses jurisdiction over the subject matter, jurisdiction over the person, and jurisdiction to grant the remedy. The test for the third element is whether the court or tribunal is suited to grant the remedy sought under s. 24 in light of its function and structure. The primary function of a preliminary inquiry justice is to determine whether the Crown has sufficient evidence to warrant committing the accused to trial. In support of this function, Parliament equipped the preliminary inquiry with a structure that shares broad similarities with that of the trial court. The preliminary inquiry is not a trial, however, and this distinction is reflected in the powers and procedure. Preliminary inquiry justices should not be allowed general powers to exclude evidence for *Charter* breaches. First, recognizing a remedial jurisdiction in preliminary inquiry justices has the potential to transform the role Parliament intended this process to perform in the criminal justice system. Instead of performing a preliminary screening function, the preliminary inquiry might become a forum for trying *Charter* breaches and awarding remedies. Second, assigning this new role to preliminary inquiry justices might undermine the expeditious nature of the preliminary inquiry. Third, trial courts are better situated than preliminary inquiries to engage in s. 24(2) determinations. Finally, *Charter* litigation at the preliminary stage may ultimately serve no other practical purpose than to increase the costs and delays associated with this process. If the accused is discharged as the result of excluded evidence under s. 24(2), the Crown may still prefer a direct indictment against the accused and proceed to trial regardless. There is no statutory right of appeal from the ruling of a preliminary inquiry justice. The Crown's power to proceed by preferred indictment cannot be accepted as a proper substitute for a statutory appeal mechanism. Parliament intended *Charter* issues to be resolved in a forum equipped with established and

que, en tant que juge présidant une enquête préliminaire, il n'était pas un « tribunal compétent » pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). La Section de première instance a rejeté la demande de l'accusé visant à obliger le juge de l'enquête préliminaire à effectuer l'examen prévu à l'art. 24. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt (les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et LeBel : Le juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas un « tribunal compétent » pour écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Un « tribunal compétent » est un tribunal qui a compétence sur l'intéressé, qui a compétence sur l'objet du litige et qui dispose du pouvoir d'accorder la réparation demandée. Le critère applicable à l'égard du troisième élément est le suivant : Le tribunal judiciaire ou administratif concerné est-il, eu égard à sa fonction et à sa structure, le forum approprié pour accorder la réparation demandée en vertu de l'art. 24? La fonction principale du juge qui préside une enquête préliminaire est de déterminer si le ministère public dispose d'une preuve suffisante pour justifier le renvoi de l'accusé pour qu'il subisse son procès. Au soutien de cette fonction, le Parlement a doté l'enquête préliminaire d'une structure présentant de grandes similitudes avec celle de la cour chargée du procès. L'enquête préliminaire n'est pas un procès et cette différence se reflète dans sa procédure et les pouvoirs du juge qui la préside. Les juges présidant les enquêtes préliminaires ne doivent pas être investis de pouvoirs généraux les autorisant à écarter des éléments de preuve pour cause de violation de la *Charte*. Premièrement, le fait de reconnaître aux juges présidant les enquêtes préliminaires une compétence en matière de réparation pourrait modifier le rôle que le Parlement entendait que joue l'enquête préliminaire dans le système de justice pénale. Au lieu d'accomplir une fonction de filtrage initial, l'enquête préliminaire pourrait devenir un forum où seraient jugées des violations de la *Charte* et accordées des réparations. Deuxièmement, confier ce nouveau rôle aux juges présidant les enquêtes préliminaires pourrait nuire au caractère expéditif de cette procédure. Troisièmement, le juge du procès est mieux placé que celui de l'enquête préliminaire pour décider de l'application du par. 24(2). Enfin, le fait de débattre les questions relatives de la *Charte* à l'étape de l'enquête préliminaire pourrait en bout de ligne n'avoir d'autre effet que de faire augmenter les frais et délais liés à ce processus. Si l'accusé est libéré en raison de l'exclusion d'un élément de preuve en application du par. 24(2), le ministère public peut néanmoins présenter

well-understood avenues of appeal. The trial court is the obvious choice for this task.

Under the current rule, the preliminary inquiry justice may consider the admissibility of the accused's statement based on voluntariness, but not *Charter* violations. Although these powers appear similar, only the latter involves an exercise of remedial authority — an authority with which a preliminary inquiry justice is not cloaked. Further, the common law confessions rule always results in the exclusion of offending evidence. As such, it involves a relatively discrete inquiry. By contrast, the s. 24(2) inquiry transcends the immediate facts of the *Charter* breach and embraces a much more comprehensive appraisal of the impact of the evidence on the fairness of the trial and the repute of the justice system. These issues are best reserved for the trial judge, who is likely to have a more complete picture of the evidence and its significance in the context of the case and is thus better situated to decide such questions.

Per Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. (dissenting): A preliminary inquiry hearing, by virtue of its function and structure, is an appropriate forum for excluding statements obtained contrary to the *Charter*. Many statutory provisions in Part XVIII of the *Criminal Code* demonstrate that a preliminary inquiry justice has been provided with the power to determine the admissibility of evidence, including s. 542, which requires a preliminary inquiry justice to exclude confessions under exclusionary rules at common law. A “much more comprehensive appraisal” is not necessarily required to determine whether statements that violate the *Charter* should be excluded. Generally, if an accused's statement is obtained in violation of *Charter* rights, self-incriminating evidence will be excluded under s. 24(2) without the need for much further inquiry. Even if a much more comprehensive appraisal is required, there will be overlap between the “administration of justice” test used to determine whether evidence should be excluded

un acte d'accusation contre l'accusé conformément à l'art. 577 du *Code criminel* et ainsi faire en sorte qu'il y ait quand même un procès. Il n'existe pas dans la loi de droit d'appel de la décision du juge de l'enquête préliminaire. Le pouvoir du ministère public de présenter un acte d'accusation dans de telles circonstances ne saurait être considéré comme une solution de rechange adéquate à un mécanisme d'appel prévu par la loi. Le Parlement entendait que les questions liées à la *Charte* soient tranchées dans un forum doté de voies d'appel établies et bien comprises. La juridiction de jugement constitue le choix évident pour cette fonction.

Suivant la règle actuelle, le juge qui préside une enquête préliminaire peut examiner l'admissibilité d'une déclaration faite par un accusé en fonction de son caractère volontaire, mais non en fonction de la question de savoir si elle a été obtenue en violation de la *Charte*. Bien que ces pouvoirs paraissent semblables, seul le second fait intervenir l'exercice du pouvoir de réparation — un pouvoir dont n'est pas investi le juge présidant une enquête préliminaire. En outre, l'application de la règle des confessions prévue par la common law entraîne toujours l'exclusion des éléments de preuve attentatoires. En conséquence, elle commande une enquête relativement spécifique. À l'opposé, l'enquête requise pour l'application du par. 24(2) va au-delà des faits immédiats de la violation de la *Charte* et comporte une évaluation beaucoup plus complète de l'incidence de l'élément de preuve sur le caractère équitable du procès et la considération dont jouit le système de justice pénale. Il est préférable de laisser l'examen de ces questions au juge du procès, qui aura vraisemblablement un tableau plus complet de la preuve et de son importance dans le contexte et qui sera mieux placé pour trancher ces questions.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour (dissidents) : De par sa fonction et sa structure, l'enquête préliminaire est un forum approprié pour prononcer l'exclusion de déclarations obtenues en violation de la *Charte*. De nombreuses dispositions de la partie XVIII du *Code criminel* démontrent que le juge présidant une enquête préliminaire a reçu le pouvoir de statuer sur l'admissibilité des éléments de preuve, y compris l'art. 542, qui oblige le juge présidant une enquête préliminaire à écarter des confessions en application des règles d'exclusion prévues par la common law. Une « évaluation beaucoup plus complète » n'est pas nécessairement requise pour décider s'il y a lieu d'écarter des déclarations obtenues en violation de la *Charte*. En règle générale, si la déclaration de l'accusé a été obtenue en violation des droits que lui garantit la *Charte*, l'élément de preuve auto-incriminant est écarté en vertu du par. 24(2), sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen plus approfondi. Même si « une évaluation beaucoup

pursuant to s. 24(2) of the *Charter* and the factors used in the common law confessions rule. With such overlap, the *voir dire* needed to exclude a confession at common law will provide virtually all the requisite information for exclusion under the *Charter*. Moreover, the rationale for the common law exclusionary rule is much the same as the “remedial” rationale for s. 24(2) of the *Charter*.

If the test for committal is the intended function of the preliminary inquiry and if a “much more comprehensive appraisal” is required to determine whether to exclude confessions obtained contrary to the *Charter*, the discovery mechanism engaged by the preliminary inquiry is adequate to the task. A preliminary inquiry justice is required to hear an accused’s witnesses even if evidence introduced by the Crown satisfies the test for committal. Defence counsel have a statutory right to cross-examine the Crown’s evidence and to call witnesses. Moreover, there is nothing to suggest that if justices at preliminary inquiries are given the power to exclude confessions obtained contrary to the *Charter*, additional cost and delay will be occasioned. A discharge at the preliminary inquiry stage that manages to avoid a jury trial saves an enormous amount of otherwise wasted time and resources. If preliminary inquiry justices do not have power to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, fewer discharges will result. Conversely, if preliminary inquiry justices are given the power to exclude evidence, more accused people will be discharged. If an accused is improperly discharged, the Crown can always prefer a direct indictment pursuant to s. 577 of the *Code* and proceed to trial regardless of the preliminary inquiry justice’s decision. The justice could also refuse to grant the remedy the accused seeks. By having the *Charter* question determined and rejected, an accused would be more likely to plead guilty and avoid a trial. If the preliminary inquiry justice decided to exclude evidence pursuant to the *Charter*, the decision would not bind the trial judge. Under the present preliminary inquiry system, where preliminary inquiry justices are not thought to have the power to grant *Charter* remedies, preliminary inquiries routinely engage *Charter*-related evidence. The preliminary inquiry justice should be permitted to rule on *Charter* issues. It is not supportable by logic or efficiency to permit a preliminary inquiry justice to determine the admissibility of statements for common law purposes but not for *Charter* purposes when it is recognized that preliminary inquiry justices are armed

plus complète » est requise, il y aura un chevauchement entre le critère fondé sur « l’administration de la justice », qui sert à déterminer s’il y a lieu d’écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, et les facteurs utilisés dans l’application de la règle des confessions prévue par la common law. Compte tenu de ce chevauchement, le voir-dire requis pour déterminer si une confession doit être écartée en vertu de la common law fournira virtuellement tous les renseignements nécessaires pour décider si elle doit l’être en vertu de la *Charte*. En outre, la raison d’être de la règle d’exclusion prévue par la common law est sensiblement la même que celle du pouvoir « réparateur » prévu au par. 24(2) de la *Charte*.

Si l’application du critère applicable en matière de renvoi à procès est la fonction qu’est censée accomplir l’enquête préliminaire et qu’une « évaluation beaucoup plus complète » est nécessaire pour déterminer s’il y a lieu d’écarter des confessions obtenues en violation de la *Charte*, l’enquête préliminaire est bien adaptée à cette tâche. Le juge président une enquête préliminaire doit entendre les témoins du prévenu, même si la preuve présentée par le ministère public satisfait au critère applicable en matière de renvoi à procès. La loi reconnaît aux avocats de la défense le droit de contre-interroger les témoins à charge et celui d’assigner des témoins. De plus, rien n’indique que, si les juges président les enquêtes préliminaires étaient habilités à écarter des confessions obtenues en violation de la *Charte*, il en résulterait des coûts et des délais additionnels. Lorsqu’un prévenu est libéré à l’enquête préliminaire et qu’un procès devant jury est évité, il en découle d’importantes économies de temps et de ressources. Si les juges président les enquêtes préliminaires n’ont pas le pouvoir d’écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, moins de prévenus seront libérés à cette étape. À l’inverse, si les juges président les enquêtes préliminaires peuvent écarter des éléments de preuve, davantage de prévenus seront libérés. Si un prévenu est libéré à tort, le ministère public peut toujours présenter un acte d’accusation conformément à l’art. 577 du *Code* et faire tenir un procès, indépendamment de la décision du juge qui a présidé l’enquête préliminaire. Il est également possible que le juge président l’enquête préliminaire refuse d’accorder la réparation demandée par le prévenu. Du fait que cette question relative à la *Charte* aurait été tranchée et rejetée, il y aurait de fortes chances que ce dernier plaide coupable et évite la tenue d’un procès. Si le juge président l’enquête préliminaire décidait d’écarter des éléments de preuve en application de la *Charte*, cette décision ne lierait pas le juge du procès. Dans le cadre de l’actuel système d’enquête préliminaire, où les juges de paix président les enquêtes ne sont pas considérés comme ayant le pouvoir d’accorder

with all the facts. Parliament could not have intended such waste.

This Court's *obiter* analysis in *Mills*, if binding, should be overruled to the extent that it holds that the provincial court and its members are not courts of competent jurisdiction for purposes of excluding certain evidence obtained contrary to s. 24(2) of the *Charter*. This change is incremental and *Mills* has been attenuated by subsequent decisions. The change suggested reflects a better understanding of the *Charter*. Guided by the substantial case law, preliminary inquiry justices are well placed to decide whether to exclude evidence pursuant to the *Charter* in a fair manner that corresponds to the law.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; **followed:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; **referred to:** *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Chew*, [1968] 2 C.C.C. 127; *R. v. Girimonte* (1997), 121 C.C.C. (3d) 33; *R. v. Richards* (1997), 115 C.C.C. (3d) 377; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Kourteassis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38.

By Major J. (dissenting)

R. v. Pearson (1957), 117 C.C.C. 249; *R. v. Ferrero* (1981), 59 C.C.C. (2d) 93; *R. v. Ward* (1976), 31 C.C.C.

des réparations fondées sur la *Charte*, ceux-ci sont régulièrement aux prises avec des éléments de preuve faisant intervenir la *Charte*. Le juge qui préside une enquête préliminaire devrait être autorisé à statuer sur les questions relatives à la *Charte*. Ni la logique ni l'efficacité ne sauraient justifier qu'on autorise le juge président une enquête préliminaire à statuer sur l'admissibilité de déclarations au regard de la common law mais non au regard de la *Charte*, alors qu'on reconnaît qu'il dispose de tous les faits. Le Parlement ne peut avoir voulu un tel gaspillage.

Si l'analyse faite en remarque incidente par notre Cour dans l'arrêt *Mills* a un caractère contraignant, la règle devrait être renversée, dans la mesure où elle établit que la cour provinciale et ses juges ne constituent pas un tribunal compétent pour écarter certains éléments de preuve obtenus en violation du par. 24(2) de la *Charte*. Il s'agit d'un changement progressif et la portée de l'arrêt *Mills* a été atténuée par des décisions subséquentes. Le changement suggéré reflète une meilleure compréhension de la *Charte*. Guidés par cette abondante jurisprudence, les juges président les enquêtes préliminaires sont bien placés pour décider d'une manière équitable et conforme au droit s'il y a lieu d'écarter des éléments de preuve en application de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; **arrêt suivi :** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; **arrêts mentionnés :** *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Chew*, [1968] 2 C.C.C. 127; *R. c. Girimonte* (1997), 121 C.C.C. (3d) 33; *R. c. Richards* (1997), 115 C.C.C. (3d) 377; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Kourteassis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Pearson (1957), 117 C.C.C. 249; *R. c. Ferrero* (1981), 59 C.C.C. (2d) 93; *R. c. Ward* (1976), 31 C.C.C.

(2d) 466, aff'd Ont. C.A., February 15, 1977; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, aff'g (1983), 43 O.R. (2d) 631, aff'g (1983), 40 O.R. (2d) 112, aff'g (1982), 2 C.R.R. 300; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Grossi* (1992), 133 A.R. 278; *R. v. McIntosh* (1999), 141 C.C.C. (3d) 97; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845; *R. v. R. (L.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 329; *R. v. George* (1991), 5 O.R. (3d) 144; *R. v. Dawson* (1998), 123 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v; *R. v. Ertel* (1987), 58 C.R. (3d) 252, leave to appeal refused, [1987] 2 S.C.R. vii; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(a), (b), 11(a), (b), 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 "justice", 220 [repl. 1995, c. 39, s. 141], 252(1)(b) [repl. 1994, c. 44, s. 12], 255(3) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 36], 535 [*idem*, s. 96], 536, 537(1)(g), (i) [am. 1997, c. 18, s. 64], 540, 541, 541(5) [am. 1994, c. 44, s. 54], 542(1), 548(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 101], 577 [*idem*, s. 115].

Authors Cited

Alford, David G., et al. *Some Statistics on the Preliminary Inquiry in Canada*. Ottawa: Department of Justice, 1984.
 Canada. Department of Justice. Consultation Paper. *Do we still need preliminary inquiries? Options for changes to the Criminal Code*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1994.
 Freedman, Samuel. "Admissions and Confessions". In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972, 95.
 Gold, Alan D., and Jill R. Presser. "Let's Not Do Away with the Preliminaries: A Case in Favour of Retaining the Preliminary Inquiry" (1996), 1 *Can. Crim. L.R.* 145.
 Greenspan, Edward L., and Marc Rosenberg. "The Preliminary Inquiry". In Vincent M. Del Buono, ed.,

(2d) 466, conf. par C.A. Ont., 15 février 1977; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, conf. (1983), 43 O.R. (2d) 631, conf. (1983), 40 O.R. (2d) 112, conf. (1982), 2 C.R.R. 300; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Grossi* (1992), 133 A.R. 278; *R. c. McIntosh* (1999), 141 C.C.C. (3d) 97; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845; *R. c. R. (L.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 329; *R. c. George* (1991), 5 O.R. (3d) 144; *R. c. Dawson* (1998), 123 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v; *R. c. Ertel* (1987), 58 C.R. (3d) 252, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 2 R.C.S. vii; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10(a), (b), 11(a), (b), 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « juge de paix », 220 [rempl. 1995, ch. 39, art. 141], 252(1)(b) [rempl. 1994, ch. 44, art. 12], 255(3) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36], 535 [*idem*, art. 96], 536, 537(1)(g), (i) [mod. 1997, ch. 18, art. 64], 540, 541, 541(5) [mod. 1994, ch. 44, art. 54], 542(1), 548(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 101], 577 [*idem*, art. 115].

Doctrine citée

Alford, David G., et autres. *Quelques statistiques sur l'enquête préliminaire au Canada*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1984.
 Canada. Ministère de la Justice. Document de consultation. *L'enquête préliminaire : est-elle toujours nécessaire? Propositions de modification au Code criminel*. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 1994.
 Freedman, Samuel. « Admissions and Confessions ». In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto : Butterworths, 1972, 95.
 Gold, Alan D., and Jill R. Presser. « Let's Not Do Away with the Preliminaries : A Case in Favour of Retaining the Preliminary Inquiry » (1996), 1 *Rev. can. D.P.* 145.
 Greenspan, Edward L., et Marc Rosenberg. « L'enquête préliminaire ». Dans Vincent M. Del Buono, dir.,

Criminal Procedure in Canada: Studies. Toronto: Butterworths, 1982, 263.

Martin, G. Arthur. "Preliminary Hearings". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1955*. Toronto: Richard de Boo, 1955, 1.

Martin, John C. *Martin's Annual Criminal Code 2002*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2002.

Ontario. Criminal Justice Review Committee. *Report of the Criminal Justice Review Committee*. Toronto: The Committee, 1999.

Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. *Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 2, Report No. 1. Toronto: Queen's Printer, 1968.

Pomerant, David, and Glenn Gilmour. Working Document. *A Survey of the Preliminary Inquiry in Canada*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1993.

Stuart, Don. Annotation on *Mills v. R.* (1986), 52 C.R. (3d) 1.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1999), 177 Nfld. & P.E.I.R. 232, 26 C.R. (5th) 1, [1999] N.J. No. 210 (QL), dismissing the accused's appeal from an order of O'Regan J. Appeal dismissed, Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. dissenting.

David C. Day, Q.C., for the appellant.

Thomas G. Mills, for the respondent.

S. R. Fainstein, Q.C., and *Peter De Freitas*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert Kelly, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Darrin R. Davis, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Alexander Budlovsky, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *James A. Bowron* for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and LeBel JJ. was delivered by

Procédure pénale au Canada. Montréal : Wilson & Lafleur, 1983, 307.

Martin, G. Arthur. "Preliminary Hearings". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1955*. Toronto : Richard de Boo, 1955, 1.

Martin, John C. *Martin's Annual Criminal Code 2002*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2002.

Ontario. Criminal Justice Review Committee. *Report of the Criminal Justice Review Committee*. Toronto : The Committee, 1999.

Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. *Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 2, Report No. 1. Toronto : Queen's Printer, 1968.

Pomerant, David, et Glenn Gilmour. Document de travail. *Étude de l'enquête préliminaire au Canada*. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 1993.

Stuart, Don. Annotation on *Mills v. R.* (1986), 52 C.R. (3d) 5.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1999), 177 Nfld. & P.E.I.R. 232, 26 C.R. (5th) 1, [1999] N.J. No. 210 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre l'ordonnance prononcée par le juge O'Regan. Pourvoi rejeté, les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour sont dissidents.

David C. Day, c.r., pour l'appellant.

Thomas G. Mills, pour l'intimée.

S. R. Fainstein, c.r., et *Peter De Freitas*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert Kelly, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Darrin R. Davis, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Alexander Budlovsky, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *James A. Bowron* pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et LeBel rendu par

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 The issue in this case is whether a justice presiding at a preliminary inquiry has the power to exclude statements obtained in violation of the accused's *Charter* rights in assessing whether sufficient evidence exists to warrant committing the accused to trial.

2 The appellant stands charged with three offences under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, arising from a motor vehicle accident: causing death by criminal negligence (s. 220); failure to stop at an accident scene (s. 252(1)(b)); and impaired driving (s. 255(3)). The judge presiding over the preliminary hearing into the charges held *voir dire*s to determine the admissibility of statements made by the appellant to the police while he was under arrest. The appellant argued that these statements were obtained by the police in a fashion infringing his rights under ss. 7 (right to life, liberty and security of the person), 10(a) (right to be promptly informed of reasons for arrest or detention), 10(b) (right to retain and instruct counsel without delay upon arrest or detention), and 11(a) (right to be informed of specific offence) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

3 After completion of the Crown's evidence on each of the *voir dire*s, the appellant sought a declaration that the presiding judge constituted a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) of the *Charter* and could therefore rule on whether the police, in obtaining the statements of the accused, violated his rights or freedoms and, if so, whether this evidence should be excluded pursuant to s. 24(2). The judge refused on the ground that, sitting in his capacity as a preliminary inquiry justice, he was not a "court of competent jurisdiction" for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). The question before us is whether he erred in doing so.

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Il s'agit en l'espèce de décider si le juge qui préside une enquête préliminaire est habilité à écarter des déclarations obtenues en violation des droits garantis au prévenu par la *Charte canadienne des droits et libertés* quand il détermine s'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour renvoyer ce dernier à procès.

L'appelant est accusé de trois infractions au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, découlant d'un accident impliquant un véhicule à moteur : avoir causé la mort par négligence criminelle (art. 220); avoir omis d'arrêter lors d'un accident (al. 252(1)(b)); avoir conduit avec les facultés affaiblies (par. 255(3)). Le juge qui a présidé l'enquête préliminaire portant sur ces accusations a tenu des voir-dire pour décider de l'admissibilité de déclarations faites par l'appelant aux policiers pendant qu'il était en état d'arrestation. L'appelant a plaidé que les policiers avaient obtenu ces déclarations d'une manière portant atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte* à l'art. 7 (droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne) et aux al. 10a) (droit d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention), 10b) (droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat en cas d'arrestation ou de détention) et 11a) (droit d'être informé de l'infraction précise reprochée).

À chaque voir-dire, après la clôture de la preuve du ministère public, l'appelant a demandé un jugement déclaratoire portant que le juge présidant l'enquête constituait un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la *Charte* et pouvait donc décider si les policiers avaient obtenu les déclarations en portant atteinte aux droits ou libertés qui lui sont garantis et, dans l'affirmative, si cette preuve devait être écartée en l'application du par. 24(2). Le juge a refusé la demande pour le motif que, en tant que juge présidant une enquête préliminaire, il n'était pas un « tribunal compétent » pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). La question dont nous sommes saisis est de savoir s'il a eu tort de refuser cette demande.

I conclude that the preliminary inquiry justice did not err in refusing to exclude the evidence for breach of the *Charter*. The preliminary hearing is not a trial but simply a preliminary review to determine whether there is sufficient evidence to proceed to trial. Whether admitting evidence obtained as a result of a *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute is best determined at the time of trial, when all the relevant circumstances can be weighed by the judge, as mandated by s. 24(2). The accused's ability to apply for the exclusion of evidence under s. 24(2) at trial adequately safeguards his rights under the *Charter*.

Je conclus que le juge de l'enquête préliminaire n'a pas eu tort de refuser d'écarter des éléments de preuve pour cause de violation de la *Charte*. L'enquête préliminaire n'est pas un procès, mais simplement une procédure d'examen préalable permettant de déterminer si la preuve est suffisante pour justifier la tenue d'un procès. Il est préférable que la question de savoir si l'utilisation d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice soit tranchée au moment du procès, lorsque le juge du procès est en mesure d'apprécier toutes les circonstances pertinentes, comme le prescrit le par. 24(2). La possibilité qu'a alors l'accusé de demander l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) protège adéquatement les droits que lui garantit la *Charte*.

II. Constitutional and Statutory Provisions

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

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

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

535. Where an accused who is charged with an indictable offence is before a justice, the justice shall, in accordance with this Part, inquire into that charge and any other indictable offence, in respect of the same transaction, founded on the facts that are disclosed by the evidence taken in accordance with this Part.

535. Lorsqu'un prévenu inculpé d'un acte criminel est devant lui, le juge de paix doit, en conformité avec la présente partie, enquêter sur l'accusation ainsi que sur tout autre acte criminel qui découle de la même affaire fondé sur les faits révélés par la preuve recueillie conformément à la présente partie.

. . .

. . .

537. (1) A justice acting under this Part may

537. (1) Un juge de paix agissant en vertu de la présente partie peut :

. . .

. . .

(g) receive evidence on the part of the prosecutor or the accused, as the case may be, after hearing any evidence that has been given on behalf of either of them;

g) recevoir une preuve de la part du poursuivant ou du prévenu, selon le cas, après avoir entendu les témoignages rendus pour le compte de l'un ou l'autre d'entre eux;

. . .

. . .

(i) regulate the course of the inquiry in any way that appears to him to be desirable and that is not inconsistent with this Act;

i) régler le cours de l'enquête de toute manière qui lui paraît désirable et qui n'est pas incompatible avec la présente loi;

. . .

. . .

542. (1) Nothing in this Act prevents a prosecutor giving in evidence at a preliminary inquiry any admission, confession or statement made at any time by the accused that by law is admissible against him.

548. (1) When all the evidence has been taken by the justice, he shall

(a) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial; or

(b) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

III. Judgments

6

In an oral decision, Power Prov. Ct. J., the judge presiding over the preliminary inquiry, dismissed the appellant's application for a declaration that a preliminary inquiry judge or justice is a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) for the purpose of excluding *Charter*-offending evidence under s. 24(2). In his view, the decisions of this Court in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, and *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, compelled the conclusion that a preliminary inquiry justice is not a court of competent jurisdiction for this purpose.

542. (1) La présente loi n'a pas pour effet d'empêcher un poursuivant de fournir en preuve, à une enquête préliminaire, tout aveu, confession ou déclaration fait à quelque moment que ce soit par le prévenu et qui, d'après la loi, est admissible contre lui.

548. (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit :

a) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante;

b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès.

Charte canadienne des droits et libertés

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Les décisions des juridictions inférieures

Dans une décision rendue oralement, le juge Power de la Cour provinciale, qui présidait l'enquête préliminaire, a rejeté la demande présentée par l'appelant en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le juge ou juge de paix qui préside une enquête préliminaire est un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) pour exclure, en vertu du par. 24(2), des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*. Selon lui, les arrêts *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, et *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, de notre Cour obligent à conclure que le juge ou juge de paix qui préside une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent à cet égard.

The appellant brought an application before the Newfoundland Trial Division in the nature of *certiorari* and *mandamus* to direct the preliminary inquiry judge to conduct the inquiry under s. 24. O'Regan J., in an oral judgment, dismissed this application on the ground that the authorities did not support it. The Court of Appeal, Green J.A. dissenting, dismissed a further appeal from this order: (1999), 177 Nfld. & P.E.I.R. 232.

Gushue J.A. wrote the main reasons for the majority of the Court of Appeal. He reviewed the current authorities and concluded that they supported the view that a justice on a preliminary hearing is not a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence. He noted that the current state of the law seemed incongruous, given the sections of the *Criminal Code* that define the authority of a justice sitting on a preliminary inquiry (at para. 18):

The justice is granted the statutory authority to inquire into the charges that are "disclosed by the evidence" (s. 535), to use his or her discretion to receive evidence tendered by the prosecutor or the accused (s. 537(1)) and, with particular reference to admissions, confessions or statements made by an accused, a prosecutor is expressly granted the right to adduce such evidence if it is "by law admissible against him" (the accused). Thus, in reaching his decision as to whether there exists sufficient evidence to require the accused to stand trial (s. 548(1)), it would appear that the justice must assess all of the admissible evidence placed before him. [Emphasis in original.]

Gushue J.A. noted the further anomaly that a preliminary inquiry justice can exclude statements because they are not voluntary, but cannot exclude them on the ground that they were obtained in violation of the *Charter*. As a result, a justice on a preliminary inquiry may be required to commit the accused for trial on statements that will be ruled inadmissible at trial, even where no case against the accused would exist without this evidence.

L'appelant a présenté à la Section de première instance de Terre-Neuve une demande en *certiorari* et en *mandamus* visant à obliger le juge de l'enquête préliminaire à effectuer l'examen prévu à l'art. 24. Dans un jugement rendu oralement, le juge O'Regan a rejeté cette demande pour le motif que la jurisprudence ne justifiait pas d'y faire droit. La Cour d'appel, le juge Green étant dissident, a rejeté l'appel de cette ordonnance : (1999), 177 Nfld. & P.E.I.R. 232.

Le juge Gushue a rédigé les motifs principaux de la majorité de la Cour d'appel. Il a examiné la jurisprudence actuelle et estimé qu'elle était l'opinion selon laquelle le juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent pour écarter un élément de preuve. Il a souligné que l'état actuel du droit semblait incohérent, eu égard aux articles du *Code criminel* définissant le pouvoir du juge président l'enquête préliminaire (au par. 18) :

[TRADUCTION] La loi accorde au juge le pouvoir d'enquêter sur les accusations « [fondées sur les faits] révélés par la preuve » (art. 535), [et] d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour recevoir une preuve présentée par le poursuivant ou le prévenu (par. 537(1)) et, plus particulièrement en ce qui concerne les aveux, confessions ou déclarations d'un prévenu, le poursuivant a expressément le droit de présenter une telle preuve si « d'après la loi, [elle] est admissible contre lui » (le prévenu). Par conséquent, pour décider si la preuve est suffisante pour renvoyer l'accusé à procès (par. 548(1)), il semble que le juge doive examiner tous les éléments de preuve admissibles qui lui sont présentés. [Souligné dans l'original.]

Le juge Gushue a également souligné une autre anomalie, savoir le fait que le juge de l'enquête préliminaire peut écarter des déclarations parce qu'elles ne sont pas volontaires, mais qu'il ne peut le faire pour le motif qu'elles ont été obtenues en violation de la *Charte*. Par conséquent, le juge de l'enquête préliminaire peut être tenu de renvoyer l'accusé à procès sur le fondement de déclarations qui seront jugées inadmissibles au procès, même dans les cas où aucune accusation ne saurait tenir contre l'accusé en l'absence de ces éléments de preuve.

7

8

9

10 Finally, Gushue J.A. speculated that the exclusion of evidence may not even constitute a *Charter* remedy. Rather than granting a remedy under s. 24(2), the justice is merely electing not to rely on the impugned evidence for the purpose of committal. Nevertheless, Gushue J.A. considered himself bound by the authority of this Court to hold that a preliminary inquiry justice has no power to exclude evidence on *Charter* grounds.

11 Marshall J.A. concurred with Gushue J.A. However, he disagreed with Gushue J.A.'s view that the result was anomalous. To the contrary, he considered it entirely congruent and compatible with both the *Criminal Code* and the *Charter*. In Marshall J.A.'s opinion, s. 24(2) operates to exclude evidence only after "a comprehensive vetting of 'all the circumstances'" (para. 100). This can best be done at trial, where the judge has the fullest account of the relevant evidence. By contrast, empowering preliminary inquiry justices to make this determination "risks inculpatory evidence being ruled inadmissible on a less than full appreciation of the facts. Such happenings would be calculated to expose the justice system to disrepute, and endanger a concomitant diminution of confidence in the judiciary's capacity to protect the public, and in the integrity of the *Charter* and other laws of the state" (para. 100).

12 Green J.A., dissenting, agreed with Gushue J.A. that not permitting a preliminary inquiry justice to exclude evidence on *Charter* grounds was anomalous and incongruous and that excluding evidence should not be viewed as the grant of a *Charter* remedy. Unlike Gushue J.A., however, Green J.A. did not consider this Court's previous decisions with respect to the exclusion of inadmissible evidence by a justice at a preliminary inquiry as binding. The cases relied upon had not definitively

Enfin, le juge Gushue a supputé que le fait d'écarter un élément de preuve pourrait même ne pas constituer une réparation fondée sur la *Charte*. En effet, plutôt que d'accorder une réparation en vertu du par. 24(2), le juge choisit simplement de ne pas se fonder sur l'élément contesté pour décider s'il renvoie ou non l'accusé à procès. Néanmoins, le juge Gushue a estimé être lié par la jurisprudence de notre Cour et devoir conclure que le juge présidant une enquête préliminaire n'a pas le pouvoir d'écarter des éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte*.

Le juge Marshall a souscrit aux motifs du juge Gushue, mais il a toutefois exprimé son désaccord avec l'opinion de ce dernier selon laquelle le résultat était illogique. Au contraire, il a jugé que le résultat était tout à fait cohérent et compatible avec le *Code criminel* ainsi qu'avec la *Charte*. De l'avis du juge Marshall, le par. 24(2) a pour effet d'entraîner l'exclusion d'éléments de preuve seulement après [TRADUCTION] « un examen exhaustif de ceux-ci "eu égard aux circonstances" » (par. 100). Le meilleur endroit pour faire cet examen est le procès, où le juge dispose de l'exposé le plus complet de la preuve pertinente. À l'opposé, le fait d'habiliter le juge de l'enquête préliminaire à prendre cette décision créerait le [TRADUCTION] « risque qu'un élément de preuve inculpatoire soit jugé inadmissible par suite d'une appréciation incomplète des faits. De telles situations seraient de nature à exposer le système de justice à la déconsidération et, par la même occasion, à réduire la confiance dans la capacité du pouvoir judiciaire de protéger le public et la confiance dans l'intégrité de la *Charte* et des autres lois de l'État » (par. 100).

Le juge Green, dissident, a dit être d'accord avec l'opinion du juge Gushue que le fait de ne pas permettre au juge qui préside une enquête préliminaire d'écarter un élément de preuve pour des motifs prévus par la *Charte* était anormal et illogique, et que l'exclusion de cet élément ne devrait pas être considérée comme une réparation fondée sur la *Charte*. Cependant, contrairement au juge Gushue, le juge Green n'a pas considéré comme contraignants les arrêts antérieurs de notre Cour portant sur

resolved the issue and the *obiter* comments in these cases did not represent the fully considered opinion of the Court.

From a practical perspective, Green J.A. was of the view that preliminary inquiries offered sufficient context for the decision to exclude evidence for *Charter* breaches. While this may result in the Crown leading more evidence than it otherwise would, this disadvantage is more than offset by the importance of not subjecting an accused to the expense, inconvenience and publicity of a trial where there is insufficient admissible evidence. Moreover, he felt that the “only means of effective enforcement of the right to have *Charter*-offending evidence excluded for the purpose of resisting committal to trial is the exercise of the jurisdiction at the preliminary” (para. 69). Green J.A. accordingly held that the preliminary inquiry justice is a court of competent jurisdiction to exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

IV. Issue

Is a justice presiding at a preliminary inquiry a court of competent jurisdiction for the purposes of an application under s. 24(1) of the *Charter* to exclude evidence under s. 24(2)?

V. Discussion

With the enactment of s. 24 of the *Charter*, Parliament provided a mechanism for enforcing the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. Section 24(1) provides that anyone whose rights and freedoms under the *Charter* are infringed or denied may apply to a “court of competent jurisdiction” for an appropriate and just remedy. Section 24(2) complements this general remedial provision

l’exclusion, par le juge de l’enquête préliminaire, d’éléments de preuve inadmissibles. Les décisions invoquées n’avaient pas tranché définitivement la question et les remarques incidentes énoncées dans ces affaires ne représentaient pas l’opinion bien arrêtée de la Cour.

D’un point de vue pratique, le juge Green a dit être d’avis que les enquêtes préliminaires fournissent un contexte suffisant pour permettre au juge de décider d’écarter un élément de preuve pour cause de violations de la *Charte*. Bien que cela puisse amener le ministère public à présenter une preuve plus abondante qu’il ne le ferait autrement, ce désavantage est plus que compensé par l’importance qu’il y a de ne pas soumettre un accusé aux frais, aux inconvénients et à la publicité d’un procès dans les cas où il n’y a pas suffisamment d’éléments de preuve admissibles. En outre, il a estimé que le [TRADUCTION] « seul moyen efficace de faire respecter le droit d’obtenir l’exclusion des éléments de preuve qui contreviennent à la *Charte* en vue d’éviter le renvoi à procès est l’exercice, à l’enquête préliminaire, de la compétence à cet égard » (par. 69). Le juge Green a en conséquence conclu que le juge de l’enquête préliminaire est un tribunal compétent pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

IV. La question en litige

Le juge qui préside une enquête préliminaire est-il un tribunal compétent pour connaître d’une demande présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en vue d’obtenir l’exclusion d’éléments de preuve en application du par. 24(2)?

V. L’analyse

En édictant l’art. 24 de la *Charte*, le Parlement a créé un mécanisme permettant de faire respecter les droits et libertés garantis par la *Charte*. Aux termes du par. 24(1), toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la *Charte*, peut s’adresser à un « tribunal compétent » pour obtenir une réparation convenable et juste. Le paragraphe 24(2)

13

14

15

with more specific direction in cases where evidence is obtained in violation of *Charter* rights. It directs courts to exclude such evidence if, “having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute”. Since this remedy can issue only in “proceedings under subsection (1)”, it is similarly available only from a “court of competent jurisdiction”.

complète cette disposition réparatrice générale en donnant des indications plus précises à l’égard des cas où des éléments de preuve ont été obtenus en violation des droits garantis par la *Charte*. Ce paragraphe ordonne aux tribunaux d’écarter ces éléments de preuve si, « eu égard aux circonstances, [. . .] leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ». Comme cette réparation ne peut être accordée que « dans une instance visée au paragraphe (1) », elle ne peut également être obtenue que d’un « tribunal compétent ».

16 Consequently, this appeal turns on the question of whether a preliminary inquiry justice is a court of competent jurisdiction under s. 24(1) for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). This issue is not novel. The Court has considered the definition of “court of competent jurisdiction” on a number of occasions. It has also addressed the power of preliminary inquiry justices to grant *Charter* remedies — including the exclusion of evidence under s. 24(2) — in several of these decisions. I propose to consider the existing jurisprudence, and then to apply the test for identifying a court of competent jurisdiction that emerges from these decisions.

Par conséquent, le présent pourvoi repose sur la question de savoir si le juge président une enquête préliminaire est, au sens du par. 24(1), un tribunal compétent pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Cette question n’est pas nouvelle. Notre Cour a à diverses occasions examiné la définition de « tribunal compétent ». Elle s’est également penchée, dans plusieurs de ces arrêts, sur le pouvoir des juges qui président des enquêtes préliminaires d’accorder des réparations fondées sur la *Charte* — y compris l’exclusion d’un élément de preuve en application du par. 24(2). Je vais examiner la jurisprudence existante puis appliquer le critère qui se dégage de ces arrêts et permet d’identifier un tribunal compétent.

A. *Prior Jurisprudence*

A. *La jurisprudence antérieure*

17 The test for identifying a court of competent jurisdiction under s. 24(1) originated in *Mills, supra*. The issue before the Court in *Mills* was whether a judge or justice presiding at a preliminary inquiry was a court of competent jurisdiction for the purpose of determining whether an accused’s s. 11(b) right to be tried within a reasonable time was infringed and, if so, to stay the proceedings as a remedy. Lamer J. (as he then was), with the agreement of the Court on this point, defined a “court of competent jurisdiction” as one that has: (1) jurisdiction over the person; (2) jurisdiction over the subject matter; and (3) jurisdiction to grant the remedy (p. 890). Applying this test, the Court unanimously held that a preliminary inquiry justice is not a court of competent

Le critère qui permet de déterminer si un tribunal donné est un tribunal compétent au sens du par. 24(1) tire son origine de l’arrêt *Mills*, précité. Dans cet arrêt, la Cour devait répondre à la question de savoir si le juge de l’enquête préliminaire était un tribunal compétent pour déterminer s’il y avait eu violation du droit d’être jugé dans un délai raisonnable que garantit l’al. 11b) à un inculpé et, dans l’affirmative, pour prononcer l’arrêt des procédures à titre de réparation. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef du Canada), avec l’accord de la Cour sur ce point, a défini un « tribunal compétent » comme étant un tribunal qui a (1) compétence sur les parties, (2) compétence sur l’objet du litige (3) et le pouvoir d’accorder la réparation demandée (p. 890). Appliquant ce critère, la Cour

jurisdiction for the purposes of granting a stay under s. 24(1).

This holding sufficed to dispose of the appeal. However, the Court proceeded to consider the issue on appeal in the present case: the power of a preliminary inquiry justice to exclude evidence obtained in violation of *Charter* rights under s. 24(2). The majority of the Court, *per* McIntyre J., held that a preliminary inquiry justice is not a court of competent jurisdiction for this purpose. McIntyre J. emphasized that the role of the preliminary inquiry justice is confined to assessing the sufficiency of the Crown's case and consequently committing or discharging the accused. This limited screening function, in his view, did not provide a sufficient jurisdictional foundation to permit a preliminary inquiry justice to embark on *Charter* questions or to grant *Charter* remedies, including the exclusion of evidence (at pp. 954-55):

He has no jurisdiction to acquit or convict, nor to impose a penalty, nor to give a remedy. He is given no jurisdiction which would permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or denied. He is, therefore, not a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. It is said that he should be a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). In my view, no jurisdiction is given to enable him to perform this function. He can give, as I have said, no remedy. Exclusion of evidence under s. 24(2) is a remedy, its application being limited to proceedings under s. 24(1). [Emphasis added.]

La Forest J., in a separate opinion, concurred with this view. He added that the preliminary inquiry is not designed to engage in the balancing of factors demanded by the s. 24(2) remedy (at pp. 970-71):

a conclu à l'unanimité que le juge de l'enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent pour accorder l'arrêt des procédures en application du par. 24(1).

Cette conclusion était suffisante pour disposer du pourvoi. Toutefois, la Cour a ensuite examiné la question qui est en litige dans le présent pourvoi : le pouvoir du juge qui préside une enquête préliminaire d'écarter, en vertu du par. 24(2), des éléments de preuve obtenus en violation des droits garantis par la *Charte*. La majorité de la Cour, sous la plume du juge McIntyre, a estimé que le juge de l'enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent à cet égard. Le juge McIntyre a souligné que le rôle du juge de l'enquête préliminaire se limite à apprécier le caractère suffisant de la preuve du ministère public et, en conséquence, soit à renvoyer le prévenu pour qu'il subisse son procès soit à le libérer. À son avis, cette fonction de filtrage limitée ne constituait pas une assise juridictionnelle suffisante pour permettre au juge de l'enquête préliminaire d'examiner des questions relatives à la *Charte* ou d'accorder des réparations fondées sur celle-ci, notamment en écartant des éléments de preuve (aux p. 954-955) :

Il n'a pas compétence pour prononcer l'acquittement ou pour déclarer coupable, ni pour imposer une peine, ni encore pour accorder une réparation. Il n'a pas non plus la compétence qui l'autoriserait à entendre et à juger la question de savoir s'il y a eu violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. Il s'ensuit donc qu'il n'est pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Or, on soutient qu'il devrait l'être pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Selon moi, on ne lui a pas attribué la compétence pour exercer cette fonction. Il n'est pas habilité, je le répète, à accorder de réparation. L'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) est une réparation qui ne peut être obtenue que dans le cadre d'une instance visée au par. 24(1). [Je souligne.]

Dans une opinion distincte, le juge La Forest a souscrit à ce point de vue. Il a ajouté que l'enquête préliminaire ne se prête pas à la mise en balance des facteurs que requiert la décision d'accorder ou non la réparation prévue par le par. 24(2) (aux p. 970-971) :

. . . I agree with McIntyre J. that the preliminary hearing magistrate has no jurisdiction to exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter*. While this power may seem similar to the magistrate's duty regarding admissibility of evidence, what is involved is the granting of a remedy under s. 24(2). That remedy, it should be observed, is to be exercised "having regard to all the circumstances". Those circumstances may again require more evidence than is presented at the preliminary hearing. This evidence can be presented at trial.

[J]e souscris à l'avis du juge McIntyre selon lequel le magistrat à l'enquête préliminaire n'a pas compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Bien que ce pouvoir d'exclusion puisse paraître assimilable au devoir du magistrat en matière de détermination de l'admissibilité de la preuve, ce dont il s'agit en réalité est l'attribution d'une réparation en vertu du par. 24(2). Or, il convient de noter que la décision d'accorder cette réparation doit être prise « eu égard aux circonstances ». Là encore, ces circonstances peuvent exiger une preuve plus abondante que celle produite à l'enquête préliminaire. Cette preuve peut être produite au procès.

20 Three dissenting justices took the view that s. 24 did permit a preliminary inquiry justice to exclude evidence on *Charter* grounds.

Trois juges dissidents étaient d'avis que l'art. 24 autorisait le juge de l'enquête préliminaire à écarter des éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte*.

21 In *Seaboyer, supra*, the Court affirmed the majority view in *Mills* that a preliminary inquiry judge has no power to exclude evidence on *Charter* grounds under s. 24(2), again emphasizing the specialized function of the preliminary inquiry and the limits of its process (at pp. 638-39):

Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, notre Cour a confirmé à l'unanimité l'opinion exprimée par la majorité dans l'affaire *Mills* selon laquelle le juge de l'enquête préliminaire n'est pas habilité à écarter, en vertu du par. 24(2), des éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte*; soulignant de nouveau la fonction spécialisée accomplie par l'enquête préliminaire et les limites de son processus (aux p. 638-639) :

I see no reason to depart from the statement of McIntyre J. in *Mills* that the *Criminal Code* does not permit a preliminary inquiry judge to determine whether a *Charter* right has been infringed or denied. Both statutory interpretation and policy support this view. The *Criminal Code* restricts the task of the preliminary inquiry judge to determining if there is a sufficient case to warrant prosecution. While evidentiary rulings may be made in the course of discharging this function, they have no effect on the outcome of the trial or the accused's guilt or innocence. To discharge the function of determining if there is sufficient evidence to warrant committal it is sufficient to accept the rules of evidence as they stand; the rights of the accused do not require more at this stage. As for policy, there is much to be said for leaving *Charter* challenges in so far as possible to the trial judge. The trial judge is likely to have a more complete picture of the evidence and its significance in the context of the case and is thus better situated to decide such questions. Moreover, permitting constitutional challenges before the preliminary court judge is likely, as in this case, to produce interlocutory appeals on narrow issues which may take years to complete, during which time the trial judge is

À mon avis, il n'existe aucune raison de s'écarter des propos du juge McIntyre dans l'arrêt *Mills*, savoir que le *Code criminel* ne confère pas au juge chargé de l'enquête préliminaire la compétence de déterminer s'il y a eu violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. L'interprétation législative et les principes directeurs appuient ce point de vue. En vertu du *Code criminel*, la tâche du juge à l'enquête préliminaire se borne à déterminer si la preuve est suffisante pour justifier une poursuite. Bien que le juge puisse rendre des décisions en matière de preuve à cette étape, ces décisions n'ont aucune incidence sur l'issue du procès ou sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Lorsqu'il détermine si la preuve est suffisante pour justifier un renvoi à procès, le juge n'a qu'à appliquer les règles de preuve existantes; la protection des droits de l'accusé n'exige pas davantage à cette étape. En ce qui concerne les principes directeurs, beaucoup d'arguments militent en faveur de laisser, dans la mesure du possible, au juge du procès le soin de se prononcer sur les contestations fondées sur la *Charte*. Le juge du procès aura vraisemblablement un tableau plus complet de la preuve et de son importance dans le contexte et il sera mieux placé pour trancher les questions de preuve. Par ailleurs, en admettant que le juge chargé

delayed. All these reasons suggest constitutional questions are best left to the trial judge. [Emphasis added.]

Mills and *Seaboyer* thus rejected the argument that a preliminary inquiry justice is a court of competent jurisdiction under s. 24(1) for the purposes of excluding evidence under s. 24(2). This conclusion was, strictly speaking, *obiter* in both cases; nevertheless it stands as an authoritative legal statement of the existing general rule. This, however, does not mean that the law is inevitably frozen. New cases may bring considerations to light which favour revising the rule or recognizing exceptions to it. Underlying principles or rules may have evolved, suggesting the rule should be adjusted. Uncertainties may have arisen or the rule become unduly technical. Any or all of these considerations may support reconsideration of an established general rule: see *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, *per* Dickson C.J. (in dissent but not on this point); *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740.

It is in this spirit that I approach the appellant's submission that the Court should revisit the general rule that a preliminary inquiry justice is not a "court of competent jurisdiction" for the purpose of excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter*. This case brings before the Court a question hitherto not specifically explored — whether the general power of a preliminary inquiry justice to exclude confessions extends to exclusion on *Charter* grounds. It comes over a decade after *Mills*, during which time the test for "court of competent jurisdiction" under s. 24(2) has evolved into what is described in the companion case, *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 ("*Dunedin*"), as the

de l'enquête préliminaire puisse trancher les questions constitutionnelles, ses décisions sont susceptibles de donner lieu, comme en l'espèce, à des appels interlocutoires sur des points restreints, dont le règlement risque de prendre des années, ce qui retarde le déroulement du procès. C'est pourquoi il est préférable de laisser au juge du procès le soin de trancher les questions constitutionnelles. [Je souligne.]

Les arrêts *Mills* et *Seaboyer* ont donc eu pour effet de rejeter l'argument voulant que le juge qui préside une enquête préliminaire soit un tribunal compétent au sens du par. 24(1) pour écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2). Dans les deux affaires, cette conclusion était, à proprement parler, une remarque incidente; mais cet énoncé juridique de la règle générale existante fait néanmoins autorité. Cela ne veut toutefois pas dire que le droit est forcément figé. De nouvelles affaires pourraient mettre en lumière des considérations militant en faveur du réexamen de la règle ou de la reconnaissance d'exceptions à celle-ci. Il est possible que des principes ou règles de base aient évolué, ce qui tendrait à indiquer que la règle doit être adaptée en conséquence. Il est également possible que des incertitudes aient surgi ou que la règle soit devenue trop subtile. L'ensemble de ces considérations ou l'une ou l'autre d'entre elles pourrait justifier le réexamen de la règle générale bien établie : voir *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, le juge en chef Dickson (dissident, mais non sur ce point); *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740.

C'est dans cet esprit que j'aborde l'examen de l'argument de l'appelant portant que la Cour devrait revoir la règle générale selon laquelle le juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas un « tribunal compétent » pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. En l'espèce, la Cour est saisie d'une question qu'elle n'a pas jusqu'à présent étudiée de façon particulière — celle de savoir si le pouvoir général du juge qui préside une enquête préliminaire d'écarter des confessions emporte celui de le faire pour des motifs prévus par la *Charte*. La présente affaire survient plus de dix ans après l'arrêt *Mills*, période au cours de laquelle le critère permettant

functional and structural approach. And it concerns a submission that strict application of the *Mills* rule to preliminary inquiry justices results in technical distinctions between what evidence the justice can and cannot exclude. Against this background, I turn to the issue before the Court.

B. *Application of the Functional and Structural Test*

24 The issue before the Court is whether a preliminary inquiry justice is a “court of competent jurisdiction” under s. 24(2) for the purpose of excluding evidence, in particular confessions, on grounds that they were obtained in breach of the *Charter* and that their admission would bring the administration of justice into disrepute.

25 In *Dunedin*, the Court elaborated on the “functional and structural” approach to identifying a court of competent jurisdiction. For the purposes of this appeal, it suffices to set out the key elements of this approach.

26 The starting point is the tripartite *Mills* test. A “court of competent jurisdiction” is one that possesses jurisdiction over the subject matter, jurisdiction over the person, and jurisdiction to grant the remedy. *Dunedin* provides guidance on the third and final element of this test. It clarifies that whether a court or tribunal possesses the power to grant the remedy sought is first and foremost a matter of discerning legislative intent. The question in all cases is whether Parliament or the legislature intended to empower the court or tribunal to make rulings on *Charter* violations that arise incidentally to their proceedings, and to grant the remedy sought as a remedy for such violations.

de déterminer si une juridiction est un « tribunal compétent » pour l’application du par. 24(2) est devenu ce qu’on décrit dans le pourvoi connexe *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 (« *Dunedin* »), comme étant l’approche fonctionnelle et structurelle. La présente espèce porte en outre sur la prétention que l’application stricte de la règle énoncée dans *Mills* aux juges présidant les enquêtes préliminaires donne lieu à des distinctions subtiles entre les éléments de preuve que le juge peut écarter et ceux qu’il ne peut pas écarter. Sur cette toile de fond, je vais maintenant examiner la question dont la Cour est saisie.

B. *Application du critère fonctionnel et structurel*

La question que doit trancher la Cour est de savoir si le juge de l’enquête préliminaire est un « tribunal compétent » pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) — notamment des confessions — pour le motif qu’ils ont été obtenus en violation de la *Charte* et que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

Dans l’arrêt *Dunedin*, la Cour a précisé l’approche « fonctionnelle et structurelle » permettant d’identifier un tribunal compétent. Pour les fins du présent pourvoi, il suffit d’exposer les principaux éléments de cette approche.

Le point de départ est le critère en trois volets énoncé dans l’arrêt *Mills*. Un « tribunal compétent » est un tribunal qui a compétence sur l’intéressé, qui a compétence sur l’objet du litige et qui dispose du pouvoir d’accorder la réparation demandée. L’arrêt *Dunedin* donne des indications sur le troisième et dernier élément de ce critère. Il précise que, pour répondre à la question de savoir si le tribunal judiciaire ou administratif concerné dispose du « pouvoir d’accorder la réparation demandée », il faut d’abord et avant tout dégager l’intention du législateur. Dans tous les cas, il s’agit donc de se demander si le Parlement ou la législature entendait habiliter le tribunal en question à statuer sur les violations de la *Charte* qui surviennent dans le cours des procédures se déroulant devant cet organisme, et à accorder la réparation demandée pour ces violations.

Absent express empowerment, this determination requires consideration of the function performed by the court or tribunal and the structure, powers and processes conferred on it by Parliament or the legislature. This approach rests on the theory that where Parliament or a legislature confers on a court or tribunal a function that engages *Charter* issues, and equips it with procedures and processes capable of fairly and justly resolving these incidental *Charter* issues, then it must be presumed that the legislature intended the court or tribunal to exercise this power. Distilled to a single statement, the test of power to grant the remedy sought can be stated as follows: is the court or tribunal suited to grant the remedy sought under s. 24 in light of its function and structure?

In the present appeal, the jurisdiction of the preliminary inquiry justice over the parties and the subject matter is uncontested. The sole issue in dispute is whether he also had the necessary power to grant the remedy sought (i.e. the exclusion of evidence obtained as a result of a *Charter* breach). The powers of a preliminary inquiry justice are entirely statutory, and therefore the power to grant the remedy sought must derive expressly or impliedly from its enabling legislation, namely Part XVIII of the *Criminal Code*. Parliament did not expressly empower preliminary inquiry justices under the *Code* to exclude evidence obtained in violation of the *Charter*. The question is whether Parliament conferred this remedial power by implication.

It is true that in this case, as in *Dunedin*, the relevant legislation predates the *Charter*. Nonetheless, Parliament's intention must be assessed in light of the new regime of rights and remedies ushered in with the *Charter's* enactment. It is only in this manner that the purpose of the *Charter* — as well as the mandates of the courts and tribunals in

Si un tel pouvoir n'est pas explicitement attribué à l'organisme concerné, il faut, pour répondre à cette question, prendre en considération la fonction du tribunal judiciaire ou administratif ainsi que la structure, les pouvoirs et les mécanismes dont l'a doté le Parlement ou la législature. Cette approche repose sur la théorie voulant que, lorsque le Parlement ou une législature confère à un tribunal judiciaire ou administratif une fonction soulevant des questions liées à la *Charte* et dote cet organisme de procédures et de mécanismes lui permettant de résoudre de manière juste et équitable ces questions incidentes liées à la *Charte*, il faut alors présumer que le législateur entendait que l'organisme exerce ce pouvoir. Exprimé succinctement, voici comment pourrait être énoncé le critère relatif au pouvoir d'accorder la réparation demandée : Le tribunal judiciaire ou administratif concerné est-il, eu égard à sa fonction et à sa structure, le forum approprié pour accorder la réparation demandée en vertu de l'art. 24?

Dans le présent pourvoi, la compétence du juge qui a présidé l'enquête préliminaire sur les parties et sur l'objet du litige n'est pas contestée. La seule question litigieuse consiste à déterminer s'il avait également le pouvoir nécessaire pour accorder la réparation demandée (c.-à-d. le pouvoir d'écarter des éléments de preuve obtenus par suite d'une violation de la *Charte*). Les pouvoirs du juge de l'enquête préliminaire sont tous d'origine législative et, par conséquent, le pouvoir d'accorder la réparation demandée doit découler expressément ou implicitement des dispositions législatives habilitantes, soit la partie XVIII du *Code criminel*. Le Parlement n'a pas expressément habilité les juges présidant les enquêtes préliminaires en vertu du *Code* à écarter des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*. Il s'agit de déterminer si le Parlement leur a donné, par implication nécessaire, ce pouvoir de réparation.

Il est vrai que, en l'espèce, tout comme dans l'affaire *Dunedin*, les dispositions législatives pertinentes sont antérieures à la *Charte*. Néanmoins, l'intention du Parlement doit être appréciée à la lumière du nouveau régime de droits et de réparations introduit par l'édiction de la *Charte*. Ce n'est qu'ainsi que l'objectif de la *Charte* — ainsi

27

28

29

existence at its inception — can be meaningfully realized: *Dunedin*, at paras. 37-43. The question remains whether the function and structure that Parliament bestowed upon the preliminary inquiry, and its silence on this issue following the *Charter's* enactment, lead to the inference that Parliament intended the presiding justice to exclude evidence on *Charter* grounds.

que les mandats des cours et des tribunaux administratifs qui existaient au moment de son entrée en vigueur — peuvent être concrètement réalisés : *Dunedin*, par. 37 à 43. Il reste à déterminer si la fonction et la structure dont le Parlement a doté l'enquête préliminaire, et le silence de celui-ci à cet égard après l'édiction de la *Charte*, amènent à conclure que le Parlement entendait que le juge présidant une enquête préliminaire puisse écarter des éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte*.

30

The primary function of a preliminary inquiry justice is to determine whether the Crown has sufficient evidence to warrant committing the accused to trial: *Criminal Code*, s. 548(1); *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786. The preliminary inquiry is not a trial. It is rather a pre-trial screening procedure aimed at filtering out weak cases that do not merit trial. Its paramount purpose is to “protect the accused from a needless, and indeed, improper, exposure to public trial where the enforcement agency is not in possession of evidence to warrant the continuation of the process”: *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, at p. 105. The justice evaluates the admissible evidence to determine whether it is sufficient to justify requiring the accused to stand trial. (The trial judge cannot, with due respect to the contrary suggestion of Gushue and Green J.J.A., simply “choose not to” rely on offered evidence without first making a positive ruling against its admissibility.)

La fonction principale du juge qui préside une enquête préliminaire est de déterminer si le ministère public dispose d'une preuve suffisante pour justifier le renvoi de l'accusé pour qu'il subisse son procès : par. 548(1) du *Code criminel*; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786. L'enquête préliminaire n'est pas un procès. Il s'agit plutôt d'une procédure préalable au procès visant à filtrer les dossiers faibles ne justifiant pas la tenue d'un procès. Son objet dominant est « d'empêcher l'accusé de subir un procès public inutile, voire abusif, lorsque la poursuite ne possède aucun élément de preuve justifiant la continuation de l'instance » : *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 105. Le juge évalue la preuve admissible pour décider si elle est suffisante pour justifier le renvoi de l'accusé à procès. (Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par les juges Gushue et Green de la Cour d'appel, le juge du procès ne peut pas simplement [TRADUCTION] « décider de ne pas » se fonder sur la preuve présentée sans d'abord conclure à son inadmissibilité.)

31

Over time, the preliminary inquiry has assumed an ancillary role as a discovery mechanism, providing the accused with an early opportunity to discover the Crown's case against him or her: *Skogman*, *supra*, at pp. 105-6. Nonetheless, this discovery element remains incidental to the central mandate of the preliminary inquiry as clearly prescribed by the *Criminal Code*; that is, the determination of whether “there is sufficient evidence to put the accused on trial” (s. 548(1)(a)).

Avec le temps, l'enquête préliminaire a commencé à jouer un rôle accessoire de mécanisme de communication de la preuve, donnant ainsi à l'accusé une première occasion de découvrir, tôt dans le processus, la preuve dont dispose le ministère public contre lui : *Skogman*, précité, p. 105-106. Il n'en demeure pas moins que cet aspect de communication de la preuve reste accessoire par rapport à la mission principale du juge de l'enquête préliminaire, qui est clairement prescrite par le *Code criminel*, et qui consiste à décider si « la preuve [. . .] est suffisante » pour faire passer la personne inculpée en jugement (al. 548(1)a)).

In support of this function, Parliament equipped the preliminary inquiry with a structure that shares broad similarities with that of the trial court. It is conducted like a trial with regard to the presentation of evidence. Further, the preliminary inquiry is a court of record, and evidence is taken under oath in the presence of the accused. The accused has the right to cross-examine witnesses and respond to the Crown's case. The preliminary inquiry justice, in assessing the sufficiency of the Crown's case, may rule on the admissibility of evidence. Section 542(1) of the *Code* expressly includes statements made by the accused in the evidence that the Crown may call at a preliminary inquiry. The traditional rules governing the admissibility of evidence apply. Most notably, the preliminary inquiry justice may refuse to admit statements of the accused to persons in authority if they were not made voluntarily.

The preliminary inquiry is not a trial, however, and this distinction is reflected in the powers and procedure. Significantly, the preliminary inquiry justice has no authority to grant remedies. The justice cannot, for example, order the Crown to provide particulars or disclosure to the defence, stay proceedings for abuse of process, compel the production of third party records, or grant relief against informer privilege by recourse to the innocence at stake exception: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Chew*, [1968] 2 C.C.C. 127 (Ont. C.A.); *R. v. Girimonte* (1997), 121 C.C.C. (3d) 33 (Ont. C.A.); *R. v. Richards* (1997), 115 C.C.C. (3d) 377 (Ont. C.A.). These powers are reserved for the trial judge. The Crown also has a discretion to lead only a *prima facie* case at the preliminary inquiry and rarely calls all the evidence it plans to lead at trial: *Caccamo, supra*, at pp. 809-10.

Au soutien de cette fonction, le Parlement a doté l'enquête préliminaire d'une structure présentant de grandes similitudes avec celle de la cour chargée du procès. L'enquête préliminaire se déroule comme un procès pour ce qui est de la présentation de la preuve. De plus, l'enquête préliminaire est une cour d'archives et les témoignages y sont recueillis sous serment, en présence de l'accusé. Ce dernier a le droit de contre-interroger les témoins du ministère public et de réfuter la preuve présentée par ce dernier. Dans le cours de son appréciation du caractère suffisant de la preuve du ministère public, le juge qui préside l'enquête préliminaire peut statuer sur l'admissibilité de la preuve. Le paragraphe 542(1) du *Code* indique expressément que les déclarations faites par l'accusé font partie des éléments de preuve que le ministère public peut présenter à l'enquête préliminaire. Les règles traditionnelles régissant l'admissibilité de la preuve s'appliquent à l'enquête préliminaire. Notamment, le juge qui préside l'enquête préliminaire peut refuser d'admettre les déclarations faites par l'accusé à des personnes en situation d'autorité si elles n'ont pas été faites volontairement.

Toutefois, l'enquête préliminaire n'est pas un procès et cette différence se reflète dans sa procédure et les pouvoirs du juge qui la préside. Aspect important, ce dernier n'a pas le pouvoir d'accorder des réparations. Il ne peut pas, par exemple, ordonner au ministère public de donner des précisions à la défense ou de lui communiquer des éléments de preuve, arrêter les procédures pour cause d'abus, contraindre la production de dossiers détenus par des tiers, ni écarter le privilège relatif aux indicateurs de police en invoquant l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé : *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Chew*, [1968] 2 C.C.C. 127 (C.A. Ont.); *R. c. Girimonte* (1997), 121 C.C.C. (3d) 33 (C.A. Ont.); *R. c. Richards* (1997), 115 C.C.C. (3d) 377 (C.A. Ont.). Ces pouvoirs sont réservés au juge du procès. Le ministère public a également la faculté de ne présenter à l'enquête préliminaire qu'une preuve suffisante à première vue et il n'y présente que rarement toute la preuve qu'il entend produire au procès : *Caccamo*, précité, p. 809-810.

34

The appellant argues that recognizing the power to exclude *Charter*-offending evidence at the preliminary inquiry would bolster its function as a screening mechanism. He relies in substance on the reasoning of Green J.A. (in dissent) in the Court of Appeal. Green J.A. emphasized that the preliminary inquiry justice is directed under the *Code* to inquire into whether sufficient evidence exists to commit the accused to trial. Pursuant to *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, “sufficient evidence” under s. 548(1) of the *Code* means “sufficient admissible evidence”. Further, the preliminary inquiry justice is granted the discretion to receive evidence tendered by the prosecutor or the accused, including admissions, confessions or statements that are “by law . . . admissible against [the accused]”: s. 542(1) (emphasis added). This evidence-screening function, in Green J.A.’s view, requires the justice to examine all the evidence to determine whether it is relevant and, if so, whether it would be admissible against the accused at trial. Thus, the exclusion of evidence “whether based on a *Charter* breach or not, falls squarely within the basic purpose and function of a preliminary inquiry of screening evidence” (para. 51).

35

The appellant similarly argues that by conferring on preliminary inquiry justices the function of screening unmeritorious cases on the basis of admissible evidence (although Parliament actually uses the word “admissible” only in relation to admissions, confessions or statements), Parliament must be taken to have impliedly intended that preliminary inquiry justices have the power to decide *Charter* issues incidental to that function, including the exclusion of evidence on *Charter* grounds. He argues that the basic function of the preliminary inquiry is frustrated if justices have no choice but to rely on evidence to commit the accused despite their conviction that this evidence would not be admitted against the accused at trial. The result may be to subject an accused

L’appelant plaide que le fait de reconnaître au juge de l’enquête préliminaire le pouvoir d’écarter des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* renforcerait le rôle de cette procédure en tant que mécanisme de filtrage. Il se fonde essentiellement sur le raisonnement du juge Green (dissident) de la Cour d’appel. Le juge Green a souligné que, aux termes du *Code*, le juge qui préside l’enquête préliminaire est tenu de déterminer s’il existe suffisamment d’éléments de preuve pour renvoyer la personne inculpée pour qu’elle subisse son procès. Suivant l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, l’expression « preuve suffisante » figurant au par. 548(1) du *Code* s’entend d’« éléments de preuve admissibles » suffisants. En outre, le juge de l’enquête préliminaire a le pouvoir discrétionnaire d’admettre des éléments de preuve présentés par la poursuite ou l’accusé, y compris tout aveu, confession ou déclaration qui, « d’après la loi, est admissible contre [l’accusé] » : par. 542(1) (je souligne). De l’avis du juge Green, ce rôle de filtrage de la preuve exige du juge qu’il apprécie tous les éléments de preuve pour décider s’ils sont pertinents et, dans l’affirmative, s’ils seraient admissibles contre l’accusé au procès. Par conséquent, l’exclusion d’un élément de preuve [TRA-DUCTION] « pour cause de violation de la *Charte* ou autrement, relève nettement de l’objet et du rôle fondamentaux de l’enquête préliminaire en matière de filtrage de la preuve » (par. 51).

De même, l’appelant prétend que le fait de confier aux juges qui président les enquêtes préliminaires le rôle d’écarter les affaires ne justifiant pas un procès sur le fondement d’un élément de preuve admissible (quoique le Parlement n’utilise dans les faits le mot « admissible » qu’à l’égard des aveux, confessions et déclarations), le Parlement doit avoir implicitement voulu que ces juges aient le pouvoir de trancher les questions relatives à la *Charte* incidentes à cette fonction, y compris le pouvoir d’écarter des éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte*. L’appelant affirme que l’on contrecarre la fonction fondamentale de l’enquête préliminaire si le juge qui la préside n’a d’autre choix que de renvoyer l’accusé à procès sur le fondement d’une preuve dont il est

unnecessarily to the expense, inconvenience and indignity of a trial.

On its face, this argument is strong. Yet against it may be put the fact that the preliminary inquiry, as mandated by Parliament, is in essence a screening process — its primary purpose is neither to determine rights, nor to grant remedies for their breach. It is quite plausible to infer that while Parliament intended preliminary inquiry justices to have the power to determine the admissibility of evidence in aid of their screening function, this power stops short of permitting them to enter on *Charter* questions. In fact, preliminary inquiry justices have for almost two decades performed their screening functions without apparent difficulty, absent any power to exclude evidence on grounds of *Charter* breach. The possibility that some cases may pass the screening stage which might be dismissed, were *Charter* exclusion possible, is not cause for serious concern, it is argued, since the offending evidence can be excluded at trial. This possibility may be less disadvantageous than allowing preliminary inquiring justices general powers to exclude evidence for *Charter* breaches.

The disadvantages of the latter course are manifest. First, recognizing a remedial jurisdiction in preliminary inquiry justices has the potential to transform the role Parliament intended this process to perform in the criminal justice system. Instead of performing a preliminary screening function, the preliminary inquiry might become a forum for trying *Charter* breaches and awarding remedies. This function seems remote from that envisaged by Parliament for preliminary inquiries.

par ailleurs convaincu qu'elle ne serait pas admise contre ce dernier au procès. Cela pourrait avoir pour effet de soumettre inutilement un accusé aux frais, aux inconvénients et à l'humiliation d'un procès.

À priori, cet argument a du poids. Cependant, on peut lui opposer le fait que, comme le prescrit le Parlement, l'enquête préliminaire est essentiellement un mécanisme de filtrage, dont l'objet premier ne consiste ni à statuer sur des droits, ni à accorder des réparations en cas de violation de ceux-ci. Il est tout à fait plausible d'inférer que, bien que le Parlement ait voulu que les juges qui président les enquêtes préliminaires aient le pouvoir de décider de l'admissibilité d'un élément de preuve dans le cadre de leur rôle de filtrage, ce pouvoir ne va pas jusqu'à leur permettre d'examiner les questions liées à la *Charte*. En fait, les juges président les enquêtes préliminaires s'acquittent depuis près de 20 ans de ce rôle sans éprouver de difficulté apparente, malgré l'absence de tout pouvoir les habilitant à écarter des éléments de preuve pour cause de violation de la *Charte*. La possibilité que certaines affaires, qui pourraient par ailleurs être rejetées si des éléments de preuve pouvaient être exclus sur le fondement de la *Charte*, puissent passer l'étape du filtrage, n'est pas un problème grave, soutient-on, puisque l'élément de preuve attentatoire peut être écarté au procès. Cette possibilité peut être moins désavantageuse que d'investir les juges président les enquêtes préliminaires de pouvoirs généraux les autorisant à écarter des éléments de preuve pour cause de violation de la *Charte*.

Les inconvénients de cette dernière solution sont manifestes. Premièrement, le fait de reconnaître aux juges président les enquêtes préliminaires une compétence en matière de réparation pourrait modifier le rôle que le Parlement entendait que joue l'enquête préliminaire dans le système de justice pénale. Au lieu d'accomplir une fonction de filtrage initial, l'enquête préliminaire pourrait devenir un forum où seraient jugées des violations de la *Charte* et accordées des réparations. Cette fonction semble éloignée de celle qu'envisageait le Parlement pour l'enquête préliminaire.

36

37

38

Second, assigning this new role to preliminary inquiry justices might undermine the expeditious nature of the preliminary inquiry. As discussed, the preliminary inquiry “is not a trial and should not be allowed to become a trial”: *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409, at p. 412. Yet s. 24(2) frequently involves an extensive and comprehensive inquiry. It requires the judge to determine the extent of *Charter* protections, whether they were breached, and finally whether, in “all the circumstances” it is necessary to exclude evidence to preserve the repute of the administration of justice. It seems reasonable to conclude that the Crown might be compelled to present a much fuller case — perhaps its entire case — in order to place “all the circumstances” before the court. The accused might also present more evidence than is generally the case, since it is the accused who bears the burden of establishing a *Charter* breach and showing that the threshold for exclusion is satisfied.

39

Without seeking to overdramatize the matter, experience and common sense suggest that preliminary inquiries would become longer and more complex if applications to exclude evidence on *Charter* grounds were part of their daily fare. This in turn would increase the degree to which preliminary inquiry justices and trial judges are doing the same work, resulting in additional cost and delay. In all probability, the preliminary inquiry would become less preliminary and more like a trial.

40

Third, trial courts are better situated than preliminary inquiry justices to engage in s. 24(2) determinations. This Court has repeatedly identified the trial court as the preferred forum for resolving *Charter* issues: *Mills, supra*; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *O'Connor, supra*. This principle holds particularly true for s. 24(2) determinations. The inquiry is potentially wide-ranging, sometimes complex. Preliminary inquiry

Deuxièmement, confier ce nouveau rôle aux juges présidant les enquêtes préliminaires pourrait nuire au caractère expéditif de cette procédure. Comme il a été vu plus tôt, l'enquête préliminaire « n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un » : *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409, p. 412. Toutefois, l'application du par. 24(2) demande fréquemment une enquête complète et approfondie. Le juge qui la préside doit déterminer la portée des garanties prévues par la *Charte*, si elles ont été enfreintes et, enfin, décider s'il est nécessaire « eu égard aux circonstances » d'écarter des éléments de preuve pour empêcher que l'administration de la justice ne soit déconsidérée. Il semble raisonnable de conclure que le ministère public pourrait être contraint de produire une preuve beaucoup plus complète — peut-être même toute sa preuve — afin de présenter « toutes les circonstances » au tribunal. L'accusé pourrait également présenter une preuve plus abondante que ce n'est généralement le cas, car c'est lui qui a la charge d'établir qu'il y a eu violation de la *Charte* et de démontrer que les conditions d'exclusion sont satisfaites.

Sans trop exagérer, l'expérience et le bon sens suggèrent que les enquêtes préliminaires deviendraient plus longues et plus complexes si des demandes d'exclusion d'éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte* y étaient couramment entendues. Cette situation aurait à son tour pour effet d'accroître la mesure dans laquelle le juge qui préside l'enquête préliminaire et le juge du procès accomplissent le même travail, ce qui se solderait par des coûts et des délais additionnels. Selon toute vraisemblance, l'enquête préliminaire perdrait de son caractère préliminaire et ressemblerait davantage à un procès.

Troisièmement, le juge du procès est mieux placé que celui de l'enquête préliminaire pour décider de l'application du par. 24(2). Notre Cour a à maintes reprises déclaré que le tribunal qui entend le procès est le forum idéal pour trancher les questions relatives à la *Charte* : *Mills*, précité; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Kourtesis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *O'Connor*, précité. C'est particulièrement vrai pour ce qui est des décisions relatives au par. 24(2). Le tribunal

justices usually possess the expertise necessary to deal with *Charter* issues; indeed sitting as trial judges they do so routinely. However, it is the trial judge that will generally enjoy the fullest appreciation of “all the circumstances” relevant to a s. 24(2) determination. At the preliminary inquiry, where evidence may be incomplete and the full circumstances unknown, this assessment may be difficult, or worse, erroneous. The result may be to exclude evidence that would have been admitted in the light of the fuller picture presented at trial. This in turn may lead to the premature dismissal of cases warranting prosecution at the preliminary stage.

The question is at what stage of the proceedings it is best to assess whether “the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute”. Clearly, there is much to be said in favour of leaving this assessment to the trial. As L’Heureux-Dubé J. observed in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 630:

It should also be underlined that evidence adduced at a preliminary inquiry is incomplete. Indeed, a number of witnesses, who will be called to testify at trial, are not called at the preliminary inquiry and *vice versa*. In my view, therefore, the evidence adduced at a preliminary inquiry does not properly reflect the whole of the evidence that will be presented at trial on the merits, nor does it give sufficient indication of the strength of the evidence that will be presented at trial.

The very nature of the preliminary inquiry suggests that the justice will have access to only a portion of the evidence that will be led at trial. Consequently, the preliminary inquiry may provide an insufficient vantage from which to assess “all the circumstances” that must inform the s. 24(2) analysis.

Moreover, whether the admission of evidence will bring the administration of justice into

doit procéder à une analyse dont la portée peut être large et qui s’avère parfois complexe. Les juges présidant les enquêtes préliminaires possèdent généralement l’expertise nécessaire pour examiner les questions relatives à la *Charte*; d’ailleurs, ils le font régulièrement lorsqu’ils entendent des procès. Cependant, c’est le juge du procès qui dispose généralement du tableau le plus complet des « circonstances » pertinentes pour statuer sur une demande fondée sur le par. 24(2). À l’enquête préliminaire, où il est possible que la preuve soit incomplète et que les circonstances ne soient pas toutes connues, cette analyse peut s’avérer difficile, voire erronée. Elle peut entraîner le rejet d’une preuve qui aurait été admise si le tribunal avait disposé du tableau plus complet présenté au juge du procès et, en conséquence, cette situation est susceptible d’entraîner le rejet prématuré d’affaires justifiant que les poursuites suivent leur cours à l’issue de cette étape.

La question qui se pose est de savoir à quelle étape de la procédure il est préférable de se demander si « [l’]utilisation [des éléments de preuve litigieux] est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ». À l’évidence, il y a de très bonnes raisons de laisser cette analyse au juge du procès. Comme l’a fait remarquer le juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 630 :

Il serait également bon de souligner que la preuve produite lors de l’enquête préliminaire est incomplète. De fait, bon nombre de témoins qui sont appelés à témoigner au procès ne seront pas appelés à l’enquête préliminaire, et vice versa. À mon avis donc, la preuve produite lors de l’enquête préliminaire ne reflète pas fidèlement l’ensemble de la preuve qui sera présentée au procès sur le fond, ni n’indique-t-elle suffisamment la valeur de la preuve qui y sera alors produite.

La nature même de l’enquête préliminaire suggère que le juge ne disposera que d’une partie seulement de la preuve qui sera présentée au procès. En conséquence, l’enquête préliminaire pourrait ne pas assurer un éclairage suffisant pour l’appréciation de « toutes les circonstances » qui doivent entrer dans l’analyse requise pour l’application du par. 24(2).

En outre, la question de savoir si l’utilisation d’un élément de preuve est susceptible de décon-

disrepute is not a matter of scientific precision so much as an informed judgment based on the entire context of the trial. While *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and subsequent cases, established the factors that must guide this determination, the ultimate decision depends to some degree on the judge's assessment of their relative significance in the case at hand. The trial judge evaluates these factors in the context of the trial as a whole and the requirements of essential fairness. This endeavour may involve the weighing of evidence, assessments of credibility, and other such determinations that fall outside the narrow mandate and powers of a preliminary inquiry justice. Justices at a further remove are also less likely to be able to evaluate the situation as well as the trial judge. Thus appellate courts accord considerable deference to the trial judge's conclusion on whether admission of a particular piece of evidence would bring the administration of justice into disrepute: *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341. The same reasoning suggests that justices at the stage of preliminary screening may be similarly disadvantaged.

sidérer l'administration de la justice n'exige pas tant l'application d'une précision scientifique que la prise d'une décision éclairée, fondée sur tout le contexte du procès. Bien que l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et des décisions subséquentes aient établi les facteurs qui doivent être pris en considération, la décision finale dépend dans une certaine mesure de l'appréciation par le juge de leur importance relative dans l'affaire dont il est saisi. Le juge du procès évalue ces facteurs dans le contexte de l'ensemble du procès et des exigences de l'équité fondamentale. Cette tâche peut demander l'appréciation d'éléments de preuve, l'évaluation de la crédibilité de témoins et la prise d'autres décisions qui débordent le mandat et les pouvoirs limités du juge qui préside une enquête préliminaire. En outre, ayant une connaissance moins intime du dossier, le juge de l'enquête préliminaire n'est pas en mesure d'évaluer aussi bien la situation que le juge du procès. Voilà pourquoi, les cours d'appel témoignent énormément de déférence envers la conclusion du juge du procès sur la question de savoir si l'utilisation d'un élément de preuve donné est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice : *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341. Le même raisonnement suggère que les juges siégeant à l'étape du filtrage préliminaire peuvent aussi souffrir du même désavantage.

Enfin, le fait de débattre les questions relatives de la *Charte* à l'étape de l'enquête préliminaire pourrait en bout de ligne n'avoir d'autre effet que de faire augmenter les frais et délais liés à cette procédure. Si le juge présidant une enquête préliminaire écarte des éléments de preuve en vertu du par. 24(2), mais renvoie quand même l'accusé pour qu'il subisse son procès, sa conclusion sur les éléments de preuve ne lie pas le juge du procès. Quand le ministère public présentera cet élément de preuve au procès, la même question exactement devra être débattue à nouveau. À l'inverse, si l'accusé est libéré en raison de l'exclusion d'un élément de preuve en application du par. 24(2), le ministère public peut néanmoins présenter un acte d'accusation contre l'accusé conformément à l'art. 577 du *Code criminel* et ainsi faire en sorte qu'il y ait quand même un procès.

43

Finally, *Charter* litigation at the preliminary stage may ultimately have no practical effect beyond increasing the costs and delays associated with this process. If the preliminary inquiry justice excludes evidence under s. 24(2), but still commits the accused to trial, his or her conclusion on this issue does not bind the trial judge. When the Crown seeks to introduce the evidence at trial, the exact same matter will require litigation again. Conversely, if the accused is discharged as the result of excluded evidence under s. 24(2), the Crown may still prefer a direct indictment against the accused pursuant to s. 577 of the *Criminal Code* and proceed to trial regardless.

Several of the intervening Attorneys General cautioned that the discretion of the Crown to prefer a direct indictment, now used sparingly, might be exercised routinely in situations where the preliminary inquiry justice's decision to exclude evidence under s. 24(2) curtailed a prosecution before it reached trial. Indeed, the Crown may have no other available option, since no right of appeal lies from the order made at the preliminary inquiry. Consequently, regardless of the finding at the preliminary stage on the s. 24(2) issue, its effect in practice might often prove negligible.

The lack of a statutory right of appeal from the ruling of a preliminary inquiry justice is particularly telling. The majority of the Court in *Mills, per McIntyre J.*, clearly stated that decisions respecting a *Charter* remedy should be subject to review (at pp. 958-59):

[T]he *Charter* is silent on the question of appeals and the conclusion must therefore be that the existing appeal structure must be employed in the resolution of s. 24(1) claims. Since the *Charter* has conferred a right to seek a remedy under the provisions of s. 24(1) and since claims for remedy will involve claims alleging the infringement of basic rights and fundamental freedoms, it is essential that an appellate procedure exist. There is no provision in the *Code* which provides a specific right to appeal against the granting, or the refusal, of a *Charter* remedy under s. 24(1), but appeals are provided for which involve questions of law and fact. The *Charter*, forming part of the fundamental law of Canada, is therefore covered and the refusal of a claim for *Charter* relief will be appealable by a person aggrieved as a question of law, as will be the granting of such relief by the Crown. The appeal will follow the normal, established procedure. [Emphasis added.]

Contrary to this principle, the Crown would lack a right of appeal from the decision of a preliminary inquiry justice excluding evidence under s. 24(2) and discharging the accused as a result. Such a decision would amount to a final determination in favour of the accused. The Crown's power to pro-

Plusieurs des procureurs généraux intervenants ont indiqué que le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de présenter un tel acte d'accusation — qui est utilisé parcimonieusement pour l'instant — pourrait l'être de façon systématique dans les cas où la décision du juge de l'enquête préliminaire d'écartier des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) mettrait fin à des poursuites avant qu'elles aient donné lieu à un procès. De fait, le ministère public pourrait bien n'avoir d'autre choix que d'agir ainsi, car il ne peut être interjeté appel de l'ordonnance rendue à l'enquête préliminaire. Par conséquent, indépendamment de la conclusion tirée à l'étape de l'enquête préliminaire relativement à la question touchant le par. 24(2), ses effets pourraient souvent se révéler négligeables en pratique.

L'absence d'un droit d'appel d'origine législative de la décision du juge de l'enquête préliminaire est particulièrement révélatrice. Le juge McIntyre, au nom de la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Mills*, a clairement dit que les décisions relatives aux réparations fondées sur la *Charte* devraient être susceptibles de révision (aux p. 958-959) :

[L]a *Charte* est muette sur la question des appels et on doit donc conclure que c'est le système actuel des appels qui doit servir au règlement de demandes fondées sur le par. 24(1). Puisque la *Charte* confère un droit de demander une réparation en vertu du par. 24(1) et que de telles demandes comporteront des allégations de violation de libertés et de droits fondamentaux, l'existence d'une procédure d'appel est indispensable. Aucune disposition du *Code* ne prévoit expressément un droit d'en appeler d'une décision accordant ou refusant une réparation visée par le par. 24(1) de la *Charte*, mais des appels sur des questions de droit et de fait sont toutefois autorisés. La *Charte* en tant que composante du droit fondamental du Canada n'y échappe donc pas et, de même qu'une personne lésée pourra porter en appel le rejet d'une demande de réparation en vertu de la *Charte* en tant que question de droit, de même Sa Majesté pourra interjeter appel si cette réparation est accordée. L'appel se déroulera selon la procédure normale établie à cette fin. [Je souligne.]

Le ministère public serait privé, en contravention de ce principe, du droit d'appeler de la décision du juge de l'enquête préliminaire écartant des éléments de preuve en application du par. 24(2) et entraînant, de ce fait, la libération de l'accusé. Une telle décision équivaudrait à une décision définitive

ceed by preferred indictment in such circumstances cannot be accepted as a proper substitute for a statutory appeal mechanism. This power is, and should be, exercised sparingly. Its routine exercise by the Crown to nullify rulings by a preliminary inquiry justice on *Charter* issues may carry serious ramifications. As Marshall J.A. emphasized in the court below, resort by the Crown to its discretion under s. 577 as a matter of course “would be calculated to engender impressions that there were no teeth in the recourse given to individuals” (para. 101) to enforce their *Charter* rights. It would certainly do little to preserve the repute of the administration of justice in the eyes of the public it serves. I have difficulty accepting that Parliament intended this result. The more compelling conclusion is that Parliament intended *Charter* issues to be resolved in a forum equipped with established and well understood avenues of appeal. The trial court is the obvious choice for this task.

en faveur de l'accusé. Le pouvoir du ministère public de présenter un acte d'accusation dans de telles circonstances ne saurait être considéré comme une solution de rechange adéquate à un mécanisme d'appel prévu par la loi. Ce pouvoir est exercé parcimonieusement et doit continuer de l'être. Le fait pour le ministère public de l'exercer de façon systématique pour neutraliser les décisions rendues par les juges présidant les enquêtes préliminaires sur les questions relatives à la *Charte* pourrait avoir de sérieuses répercussions. Comme l'a souligné le juge Marshall de la Cour d'appel, le recours systématique par le ministère public au pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 577 [TRADUCTION] « serait de nature à donner l'impression que les recours accordés aux justiciables sont impuissants » (par. 101) à faire respecter les droits que leur garantit la *Charte*. Une telle situation ferait certes bien peu pour maintenir la considération de l'administration de la justice aux yeux du public qu'elle sert. J'ai peine à croire que le Parlement voulait ce résultat. La conclusion qui s'impose davantage est que le Parlement entendait que les questions liées à la *Charte* soient tranchées dans un forum doté de voies d'appel établies et bien comprises. La juridiction de jugement constitue le choix évident pour cette fonction.

47

The appellant argues that deferring s. 24(2) issues to trial creates anomalies in the operation of preliminary inquiries, particularly in relation to statements of the accused. Preliminary inquiry justices can generally exclude admissions, confessions or statements made by an accused on the grounds of inadmissibility at common law. Indeed, Parliament directly alludes to this power in s. 542(1) of the *Code*. This produces the apparent anomaly of a preliminary inquiry justice being empowered to exclude statements made by an accused because they are not voluntary (and thus inadmissible at common law) but not because they were obtained in breach of the *Charter*. This anomaly, the appellant contends, is exacerbated by the fact that the same circumstances may be relevant to both the voluntariness of a statement and the alleged breach of the *Charter*. Nonetheless, the preliminary inquiry justice, pursuant to the current rule, may consider the admissibility of the statement based on the former

L'appellant plaide que le fait de reporter au procès l'examen des questions liées au par. 24(2) crée des anomalies dans le fonctionnement des enquêtes préliminaires, notamment en ce qui a trait aux déclarations de l'accusé. Les juges présidant les enquêtes préliminaires peuvent généralement écarter, pour cause d'inadmissibilité en common law, tout aveu, confession ou déclaration d'un accusé. De fait, le Parlement a fait expressément allusion à ce pouvoir au par. 542(1) du *Code*. Il en résulte l'anomalie apparente que le juge qui préside une enquête préliminaire est habilité à écarter des déclarations faites par un accusé parce qu'elles n'étaient pas volontaires (et donc inadmissibles en common law), mais non parce qu'elles ont été obtenues en violation de la *Charte*. Cette anomalie, de prétendre l'appellant, est exacerbée par le fait que les mêmes circonstances peuvent être pertinentes autant à l'égard du caractère volontaire d'une déclaration que d'une prétendue violation de la *Charte*. Toutefois, le juge

concern (voluntariness), but not the latter (*Charter* violations).

However, the fact that exclusion of evidence is involved should not blind us to the fundamental distinctions that exist between excluding evidence under the common law, on one hand, and excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter* on the other. Although these powers appear similar, only the latter involves an exercise of remedial authority — an authority with which a preliminary inquiry justice is not cloaked: *Mills, supra*, at pp. 970-71 (*per La Forest J.*). Further, the common law confessions rule always results in the exclusion of offending evidence. As such, it involves a relatively focussed inquiry into the immediate circumstances surrounding the alleged statements of the accused. By contrast, the s. 24(2) inquiry transcends the immediate facts of the *Charter* breach and embraces a much more comprehensive appraisal of the impact of the evidence on the fairness of the trial and the repute of the justice system: see *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, at para. 30. As discussed, imposing this task on the preliminary inquiry may hamper or distort its intended function as an expeditious charge-screening mechanism. At any rate, given the non-binding nature of evidentiary rulings at the preliminary inquiry, and the power of the Crown to prefer a direct indictment, the perceived benefits of litigating s. 24(2) issues at the preliminary stage may prove more illusory than real.

The specialized and limited function of the preliminary inquiry leads me to conclude that Parliament, while furnishing this process with trial-like features, did not intend for it to engage in s. 24(2) considerations. These issues are best reserved for the trial judge, who “is likely to have a more complete picture of the evidence and its significance in the context of the case and is thus better situated to

présider une enquête préliminaire peut, suivant la règle actuelle, examiner l’admissibilité de la déclaration en fonction de la première considération (le caractère volontaire), mais non de la seconde (violations de la *Charte*).

Cependant, le fait qu’il soit question d’exclusion d’éléments de preuve ne devrait pas nous faire perdre de vue les distinctions fondamentales qui existent entre l’exclusion d’un élément en application de la common law d’une part et du par. 24(2) de la *Charte* d’autre part. Bien que ces pouvoirs paraissent semblables, seul le second fait intervenir l’exercice du pouvoir de réparation — un pouvoir dont n’est pas investi le juge présidant une enquête préliminaire : *Mills*, précité, p. 970-971 (le juge La Forest). En outre, l’application de la règle des confessions prévue par la common law entraîne toujours l’exclusion des éléments de preuve attentatoires. En conséquence, elle commande une enquête relativement spécifique sur les circonstances des déclarations qu’auraient faites l’accusé. À l’opposé, l’enquête requise pour l’application du par. 24(2) va au-delà des faits immédiats de la violation de la *Charte* et comporte une évaluation beaucoup plus complète de l’incidence de l’élément de preuve sur le caractère équitable du procès et la considération dont jouit le système de justice pénale : voir *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, par. 30. Comme il a été vu plus tôt, imposer cette tâche à l’enquête préliminaire pourrait gêner ou dénaturer le rôle qu’elle est censée jouer en tant que mécanisme expéditif de filtrage des accusations. Quoi qu’il en soit, vu les effets non contraignants des décisions rendues à l’enquête préliminaire et vu le pouvoir du ministère public de présenter un acte d’accusation, les avantages apparents de débattre les questions relatives au par. 24(2) à l’étape préliminaire pourraient se révéler plus illusoire que réels.

La fonction spécialisée et limitée de l’enquête préliminaire m’amène à conclure que le Parlement, bien qu’il l’ait dotée d’un processus et d’une procédure analogues à celles du procès, n’entendait pas que le juge qui la préside examine les questions relatives au par. 24(2). Il est préférable de laisser l’examen de ces questions au juge du procès, qui « aura vraisemblablement un tableau plus complet

48

49

decide such questions”: *Seaboyer, supra*, at p. 638. Consequently, I see little reason to depart from the clear precedent to this effect established in *Mills* and *Seaboyer*.

VI. Conclusion

50 The preliminary inquiry justice, the reviewing judge and the Court of Appeal did not err in holding that the preliminary inquiry justice had no power to enter into the question of whether the statements taken from the appellant had been obtained as a result of *Charter* breach and, if so, whether they should be excluded on this ground. I would dismiss the appeal and remand the case for continuation of the preliminary inquiry.

The reasons of Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) —

I. Introduction

51 It is a tenet of Canadian law that an accused is entitled to make full answer and defence to a criminal charge at a preliminary inquiry (*R. v. Pearson* (1957), 117 C.C.C. 249 (Alta. S.C.), at p. 257, “[t]here can be no doubt that an accused is entitled to make a full answer and defence at a preliminary inquiry”; *R. v. Ferrero* (1981), 59 C.C.C. (2d) 93 (Alta. C.A.); *R. v. Ward* (1976), 31 C.C.C. (2d) 466 (Ont. H.C.), aff’d Ont. C.A., February 15, 1977).

52 Although a defence can be made, the presiding justice cannot weigh its merits. If, at the conclusion of the preliminary inquiry, there is admissible evidence which if believed would result in a conviction, the accused is committed for trial.

53 Another tenet of our law is that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* rights belong to all

de la preuve et de son importance dans le contexte et [qui] sera mieux placé pour trancher les questions de preuve » : *Seaboyer*, précité, p. 638-639. Par conséquent, je ne vois aucune raison de s’écarter du précédent clair à cet effet établi dans les arrêts *Mills* et *Seaboyer*.

VI. Conclusion

Le juge de l’enquête préliminaire, le juge siégeant en révision et la Cour d’appel n’ont pas commis d’erreur en concluant que le juge qui préside une enquête préliminaire n’avait pas le pouvoir d’examiner la question de savoir si les déclarations de l’appelant avaient été obtenues par suite d’une violation de la *Charte* et, dans l’affirmative, si ces déclarations devaient être écartées pour ce motif. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de renvoyer l’affaire pour que l’on poursuive l’enquête préliminaire.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) —

I. Introduction

Selon un précepte du droit canadien, l’accusé a, à l’enquête préliminaire, le droit de présenter une défense pleine et entière contre une accusation criminelle (*R. c. Pearson* (1957), 117 C.C.C. 249 (C.S. Alb.), p. 257, [TRADUCTION] « [i]l ne fait aucun doute qu’un accusé a le droit de faire valoir une défense pleine et entière à l’enquête préliminaire »; *R. c. Ferrero* (1981), 59 C.C.C. (2d) 93 (C.A. Alb.); *R. c. Ward* (1976), 31 C.C.C. (2d) 466 (H.C. Ont.), conf. par C.A. Ont., 15 février 1977).

Bien qu’un moyen de défense puisse être présenté à l’enquête préliminaire, le juge qui la préside ne peut en apprécier le bien-fondé. Si, au terme de l’enquête, il y a des éléments de preuve admissibles qui, si on y ajoute foi, pourraient entraîner une déclaration de culpabilité, le prévenu est alors renvoyé pour subir son procès.

Un autre précepte de notre droit est que tous les Canadiens jouissent des droits garantis par la

Canadians. They are not rights granted by the court. The court's function is to identify them.

Obviously, if an accused has a *Charter* right, it should be recognized at the earliest stage. There are many rights for the accused at a preliminary inquiry. The most obvious is the right to a fair and unbiased proceeding, and the acceptance of only legally admissible evidence.

Historically, preliminary inquiries were conducted by untrained lay magistrates drawn as a mix from the community consisting of farmers, police officers, merchants and blacksmiths, whose time on the bench was brief and whose appointment to the bench was frequently the beginning of the journey to retirement. The tribunals presided over by this group of people were variously referred to as "police courts", "provincial courts" or "appearances before a Justice of the Peace". In 1968, Ontario's Royal Commission Inquiry into Civil Rights criticized that "[i]n this Province we have an elaborate system of training for police officers in law and police duties, but ironically laymen are appointed to hold judicial office and receive no real opportunity for training" (*Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 2, Report No. 1, 1968, at pp. 519-20).

Today, although the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, technically permits a justice of the peace to conduct a preliminary inquiry (see s. 2 "justice" and s. 535 of the *Code*), "[a]s a matter of practice preliminary inquiries are usually conducted by provincial court judges" (*Martin's Annual Criminal Code 2002*, at p. 907). Provincial court judges are former lawyers with wide legal training and hear with few exceptions the majority of criminal cases in Canada.

Whatever considerations may have properly limited the presiding justice at preliminary hearings more than 50 years ago should be abandoned in

Charte canadienne des droits et libertés. Ce ne sont pas des droits qui sont accordés par les tribunaux. Le rôle des tribunaux est de définir ces droits.

Il va de soi que si un droit est garanti à l'accusé par la *Charte*, ce droit doit lui être reconnu le plus tôt possible dans le processus. L'accusé dispose de nombreux droits à l'étape de l'enquête préliminaire. Le plus évident est le droit à une audience équitable et impartiale, où seuls sont acceptés les éléments de preuve légalement admissibles.

Pendant très longtemps, les enquêtes préliminaires étaient présidées par des magistrats n'ayant aucune formation et venant de divers horizons — agriculteurs, policiers, marchands et forgerons —, qui n'occupaient leurs fonctions que brièvement et dont la nomination constituait fréquemment la première étape vers la retraite. Les tribunaux présidés par ces personnes étaient appelés de différentes façons : « tribunaux de police », « cours provinciales », « comparutions devant le juge de paix ». En 1968, la Royal Commission Inquiry into Civil Rights établie par l'Ontario a déploré le fait que, [TRADUCTION] « [d]ans notre province, nous disposons d'un système soigneusement élaboré en vue de former les policiers en droit et en matières policières, mais ironiquement nous nommons à des fonctions judiciaires des profanes, sans leur donner de véritable possibilité de formation » (*Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 2, Report No. 1, 1968, p. 519-520).

Aujourd'hui, bien que le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, autorise en principe un juge de paix à présider une enquête préliminaire (voir la définition de « juge de paix » à l'art. 2 ainsi que l'art. 535 du *Code*), [TRADUCTION] « [e]n pratique, les enquêtes préliminaires sont normalement présidées par les juges des cours provinciales » (*Martin's Annual Criminal Code 2002*, p. 907). Les juges des cours provinciales sont d'anciens avocats possédant une vaste formation juridique qui entendent, sauf pour quelques exceptions, la majorité des affaires criminelles au Canada.

Quelles que soient les considérations qui, il y a plus de 50 ans, pouvaient à bon droit justifier de restreindre les pouvoirs du juge présidant une enquête

54

55

56

57

favour of recognizing provincial court judges fully trained in the law as courts of competent jurisdiction to exclude certain evidence obtained contrary to s. 24(2) of the *Charter* at the first opportunity.

préliminaire, il faut les écarter et reconnaître que les juges des cours provinciales — lesquels ont reçu une formation juridique complète — constituent un tribunal compétent pour exclure, à la première occasion, certains éléments de preuve obtenus en violation du par. 24(2) de la *Charte*.

58 In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, in *obiter*, a majority of the Court concluded that preliminary inquiry justices were not a court of competent jurisdiction for this purpose and accordingly should not have the jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. This conclusion has been followed in subsequent cases in Canadian courts.

Dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, notre Cour à la majorité a conclu, dans une remarque incidente, que le juge président une enquête préliminaire n'était pas un tribunal compétent à cet égard et ne devrait en conséquence pas avoir compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Cette conclusion a été suivie dans les affaires subséquentes devant les tribunaux canadiens.

59 In this decision, I conclude the *obiter* in *Mills* is not binding. There are sound reasons not to follow it. These reasons conclude that a preliminary inquiry justice should have jurisdiction to exclude statements obtained contrary to the *Charter*, pursuant to s. 24(2).

En l'espèce, je conclus que cette remarque incidente formulée dans l'arrêt *Mills* n'a pas un caractère contraignant. Il y a de bonnes raisons de ne pas la suivre. Dans les présents motifs, j'estime que le juge qui préside une enquête préliminaire doit disposer du pouvoir d'écarter, en vertu du par. 24(2), des déclarations obtenues en violation de la *Charte*.

II. Application of the Functional and Structural Test

II. Application du critère fonctionnel et structurel

A. *Generally: Part XVII of the Criminal Code*

A. *Généralités : la partie XVII du Code criminel*

60 Only a “court of competent jurisdiction” has the power to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. This appeal, as noted, raises once again whether a preliminary inquiry justice is a “court of competent jurisdiction” for the purposes of excluding evidence pursuant to s. 24(2).

Seul un « tribunal compétent » a le pouvoir d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Comme il a été indiqué, le présent pourvoi soulève de nouveau la question de savoir si le juge président une enquête préliminaire est « un tribunal compétent » pour écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2).

61 I agree with the functional-structural approach used to determine whether a court is a “court of competent jurisdiction” pursuant to s. 24(2), described in the companion case *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 (“*Dunedin*”). I disagree with the application of the test to the present appeal.

Je souscris à l'approche fonctionnelle et structurelle utilisée pour déterminer si un tribunal est un « tribunal compétent » pour l'application du par. 24(2), approche qui est décrite dans le pourvoi connexe *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 (« *Dunedin* »). Je n'approuve toutefois pas l'application de ce critère au présent pourvoi.

62 The functional and structural test revolves around “whether the legislator endowed the court

Le critère de l'analyse fonctionnelle et structurelle consiste principalement à se demander « si

or tribunal with the power to pronounce on *Charter* rights and to grant the remedy sought for the breach of these rights” (*Dunedin, supra*, at para. 25). As described in *Dunedin*, “[t]he paramount question remains whether the court or tribunal, by virtue of its function and structure, is an appropriate forum for ordering the *Charter* remedy in issue” (para. 35). To determine the function and structure of a court or tribunal, “the language of the enabling legislation” may provide guidance (*Dunedin*, at para. 46).

B. *Part XVIII of the Criminal Code*

Preliminary inquiries are governed by Part XVIII of the *Code*. Many statutory provisions in Part XVIII demonstrate that a preliminary inquiry justice has been provided with the power to determine the admissibility of evidence (ss. 535, 537, 540 and 548). In *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, Ritchie J. held that a justice is “required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction” (p. 1080 (emphasis added)).

Section 542 of the *Code* is at the heart of the present appeal. Under s. 542, a prosecutor is only permitted to introduce any “admission, confession or statement made at any time by the accused that by law is admissible against him” (emphasis added). There is no dispute that s. 542 of the *Code* requires a preliminary inquiry justice to exclude confessions under exclusionary rules at common law. Under the common law, confessions that are not voluntary are inadmissible.

C. *Relatively Focussed Discrete Inquiry Versus Much More Comprehensive Appraisal*

To determine whether to exclude involuntary confessions that offend the common law, McLachlin C.J. concludes, a preliminary inquiry justice is engaged in a “relatively focussed inquiry” (para.

le législateur a investi le tribunal en question du pouvoir de statuer sur les droits garantis par la *Charte* et d’accorder la réparation demandée en cas de violation de ces droits » (*Dunedin*, précité, par. 25). Comme il est indiqué dans cet arrêt, « [l]a question primordiale demeure celle de savoir si, de par sa fonction et sa structure, le tribunal concerné est un forum bien choisi pour ordonner la réparation fondée sur la *Charte* qui est en jeu » (par. 35). Pour déterminer la fonction et la structure du tribunal, « le texte de sa loi habilitante » peut aider (*Dunedin*, par. 46).

B. *La partie XVIII du Code criminel*

Les enquêtes préliminaires sont régies par la partie XVIII du *Code*. De nombreuses dispositions de cette partie démontrent que le juge président une enquête préliminaire a reçu le pouvoir de statuer sur l’admissibilité des éléments de preuve (art. 535, 537, 540 et 548). Dans l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, le juge Ritchie a estimé que le juge de l’enquête préliminaire « doit renvoyer la personne inculpée pour qu’elle subisse son procès chaque fois qu’il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s’ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité » (p. 1080 (je souligne)).

L’article 542 du *Code* est au cœur du présent pourvoi. Aux termes de cette disposition, un poursuivant ne peut fournir en preuve qu’un « aveu, confession ou déclaration fait à quelque moment que ce soit par le prévenu et qui, d’après la loi, est admissible contre lui » (je souligne). Il n’est pas contesté que l’art. 542 oblige le juge président une enquête préliminaire à écarter des confessions en application des règles d’exclusion prévues par la common law. Suivant la common law, les confessions involontaires ne sont pas admissibles.

C. *Enquête relativement spécifique par opposition à évaluation beaucoup plus complète*

De conclure le juge en chef McLachlin, pour décider s’il y a lieu d’écarter des confessions involontaires obtenues en violation des règles de la common law, le juge président une enquête prélimi-

63

64

65

48). That “relatively focussed inquiry” is contrasted with the “much more comprehensive appraisal” a judge is said to have to undertake in determining whether to exclude evidence — including confessions — for *Charter* purposes (para. 48).

66

A “much more comprehensive appraisal” is not necessarily required to determine whether statements that violate the *Charter* should be excluded. This Court has held that generally, if an accused’s statement is obtained in violation of *Charter* rights, self-incriminating evidence will be excluded under s. 24(2) without the need for much further inquiry: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597. For example, in *Stillman*, Cory J. held, at para. 119:

If the evidence is conscriptive and the Crown fails to demonstrate on a balance of probabilities that the evidence would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will render the trial unfair. The Court, as a general rule, will exclude the evidence without considering the seriousness of the breach or the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. This must be the result since an unfair trial would necessarily bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

67

Indeed, at times, it is considerably more challenging to appreciate and apply the common law confessions rule than to determine whether self-incriminating evidence should be excluded pursuant to s. 24(2). In *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, Iacobucci J. held that “the confessions rule has a broader scope than the *Charter*” explaining, at para. 30:

For example, the protections of s. 10 only apply “on arrest or detention”. By contrast, the confessions rule applies whenever a person in authority questions a suspect. Second, the *Charter* applies a different burden and standard of proof from that under the confessions rule.

naire se livre à une « enquête relativement spécifique » (par. 48), démarche qu’elle met en contraste avec l’« évaluation beaucoup plus complète » que serait tenu de faire un juge pour décider si des éléments de preuve — y compris des confessions — doivent être écartés en application de la *Charte* (par. 48).

Une « évaluation beaucoup plus complète » n’est pas nécessairement requise pour décider s’il y a lieu d’écartier des déclarations obtenues en violation de la *Charte*. Notre Cour a jugé que, en règle générale, si la déclaration de l’accusé a été obtenue en violation des droits que lui garantit la *Charte*, l’élément de preuve auto-incriminant est écarté en vertu du par. 24(2), sans qu’il soit nécessaire de procéder à un examen plus approfondi : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597. Dans l’arrêt *Stillman*, par exemple, le juge Cory a formulé la conclusion suivante, au par. 119 :

Si la preuve a été obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même et que le ministère public ne démontre pas, suivant la prépondérance des probabilités, qu’elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l’accusé contre lui-même, son utilisation rendra alors le procès inéquitable. En règle générale, le tribunal écartera la preuve sans examiner la gravité de la violation ni l’incidence de son exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Il doit en être ainsi puisqu’un procès inéquitable déconsidérerait nécessairement l’administration de la justice. [Je souligne.]

De fait, il est parfois beaucoup plus difficile de bien saisir et appliquer la règle des confessions prévue par la common law que de décider si une preuve auto-incriminante doit être écartée en vertu du par. 24(2). Dans l’arrêt *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, par. 30, le juge Iacobucci a estimé que « la règle des confessions a une portée plus grande que les droits garantis par la *Charte* », donnant les explications suivantes :

Par exemple, les garanties prévues par l’art. 10 ne s’appliquent qu’« en cas d’arrestation ou de détention ». Par comparaison, la règle des confessions s’applique chaque fois qu’une personne en situation d’autorité interroge un suspect. Deuxièmement, le fardeau de la preuve et la

Under the former, the burden is on the accused to show, on a balance of probabilities, a violation of constitutional rights. Under the latter, the burden is on the prosecution to show beyond a reasonable doubt that the confession was voluntary. Finally, the remedies are different. The *Charter* excludes evidence obtained in violation of its provisions under s. 24(2) only if admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute: see *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and the related jurisprudence. By contrast, a violation of the confessions rule always warrants exclusion.

As part of the common law confessions rule, courts must consider whether police used trickery to obtain a confession. In *Oickle*, *supra*, this Court held, at para. 65, that the more specific objective of the analysis “is maintaining the integrity of the criminal justice system” (emphasis added), a concept introduced by Lamer J. (as he then was) in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640. In *Rothman*, Lamer J. held that “[i]t is of the utmost importance to keep in mind that the inquiry is not concerned with reliability but with the authorities’ conduct as regards reliability” (p. 691 (emphasis added)), concluding that “[w]hat should be repressed vigorously is conduct on [the authorities’ part] that shocks the community” (p. 697). Building on the principle, in *Oickle*, Iacobucci J. held that “the confessions rule . . . extends to protect a broader conception of voluntariness ‘that focuses on the protection of the accused’s rights and fairness in the criminal process’” (para. 69 (emphasis added)).

Even if “a much more comprehensive appraisal” is required, there will be overlap between the “administration of justice” test used to determine whether evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* and the factors listed above. Certain of the factors used in the common law confessions rule — “integrity of the criminal justice system”, “the authorities’ conduct”, “shocks

norme de preuve ne sont pas les mêmes pour l’application de la *Charte* que pour la règle des confessions. Dans le cas de la *Charte*, il incombe à l’accusé d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’il y a eu atteinte à des droits constitutionnels, alors que dans le cas de la règle des confessions, il incombe à la poursuite d’établir, hors de tout doute raisonnable, que l’aveu était volontaire. Enfin, les réparations diffèrent dans l’un et l’autre cas. En vertu du par. 24(2) de la *Charte*, le tribunal peut écarter des éléments de preuve obtenus en violation des dispositions de la *Charte*, mais seulement si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice: voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et la jurisprudence connexe. À l’opposé, la violation de la règle des confessions commande dans tous les cas l’exclusion des éléments de preuve.

Dans le cadre de la règle des confessions prévue par la common law, les tribunaux doivent se demander si les policiers ont utilisé des ruses en vue d’obtenir la confession. Dans l’arrêt *Oickle*, précité, par. 65, notre Cour a conclu que l’analyse visait plus précisément « à préserver l’intégrité du système de justice pénale » (je souligne), concept formulé par le juge Lamer (plus tard Juge en chef du Canada) dans l’arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640. Dans cet arrêt, le juge Lamer a estimé qu’« [i]l importe au plus haut point de se rappeler que l’enquête ne porte pas sur la fiabilité mais sur la conduite des autorités relativement à la fiabilité » (p. 691 (je souligne)), concluant que « [c]e qu’il faut réprimer avec vigueur, c’est, [de la part des autorités,] une conduite qui choque la collectivité » (p. 697). S’appuyant sur ce principe, le juge Iacobucci a précisé, dans l’arrêt *Oickle*, que « la règle des confessions vise [. . .] à protéger une conception plus large du caractère volontaire [TRADUCTION] “qui met l’accent sur la protection des droits de l’accusé et l’équité du processus pénal” » (par. 69 (je souligne)).

Même si « une évaluation beaucoup plus complète » est requise, il y aura un chevauchement entre le critère fondé sur « l’administration de la justice », qui sert à déterminer s’il y a lieu d’écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, et les facteurs énumérés précédemment. En effet, certains des facteurs utilisés dans l’application de la règle des confessions prévue

68

69

the community” and “fairness in the criminal process” — will touch on whether the administration of justice would be brought into disrepute. With such overlap, the *voir dire* needed to exclude a confession at common law will provide virtually all the requisite information for exclusion under the *Charter*.

70

Sometimes, it is difficult to separate the analysis required to determine whether to exclude a confession pursuant to the common law and the *Charter* analysis. In *R. v. Grossi* (1992), 133 A.R. 278, Porter Prov. Ct. J. explained the legal gymnastics he was required to perform to separate the two (at p. 281):

The first question to be decided then is whether the statement by the accused is admissible under the common law rules without reference to the *Charter*. If it is not admissible under the common law I need go no further. In the course of such consideration I would have to weed out the aspect of recent judgments which relate to *Charter* issues, ascertain the state of the common law as it relates to confessions and only then if the statement be thereby admissible move on to any *Charter* considerations. That of course is no easy task due to the entanglement of the two aspects of the law as it relates to confessions. The common law in this area itself was on shifting ground prior to the advent of the *Charter* and the sand has perhaps shifted further since that time.

71

Frequently, the type of questioning used to determine the voluntariness of confessions will help to engage the “comprehensive appraisal” McLachlin C.J. requires. In 1955, G. A. Martin, Q.C., suggested the manner in which defence counsel should elicit evidence of confessions during preliminary inquiries for common law purposes (“Preliminary Hearings” in the *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, 1955). He stated, at pp. 8-9:

par la common law — « l’intégrité du système de justice pénale », « la conduite des autorités », « le choc de la collectivité » et « l’équité du processus pénal » — ont une incidence sur la question de savoir si l’administration de la justice est susceptible d’être déconsidérée. Compte tenu de ce chevauchement, le voir-dire requis pour déterminer si une confession doit être écartée en vertu de la common law fournira virtuellement tous les renseignements nécessaires pour décider si elle doit l’être en vertu de la *Charte*.

Il est parfois difficile de distinguer l’analyse requise pour déterminer s’il y a lieu d’exclure une confession en vertu de la common law de l’analyse fondée sur la *Charte*. Dans l’affaire *R. c. Grossi* (1992), 133 A.R. 278, le juge Porter de la Cour provinciale a expliqué la gymnastique juridique à laquelle il devait se livrer pour les distinguer l’une de l’autre (à la p. 281) :

[TRADUCTION] La première question à trancher consiste donc à déterminer si la déclaration faite par l’accusé est admissible en vertu des règles de la common law, indépendamment de la *Charte*. Si la déclaration n’est pas admissible au regard de la common law, je n’ai pas à pousser l’examen plus loin. Dans le cadre de cet examen, je dois faire abstraction des aspects des décisions récentes portant sur des questions relatives à la *Charte*, dégager l’état de la common law à l’égard des confessions et ensuite, seulement si la déclaration est admissible, passer à l’examen des considérations fondées sur la *Charte*. Il ne s’agit évidemment pas d’une tâche facile compte tenu de l’enchevêtrement de ces deux aspects du droit régissant les confessions. La common law dans ce domaine précis du droit était déjà en pleine mutation avant l’entrée en vigueur de la *Charte* et la situation a peut-être même évoluée davantage depuis cette date.

Fréquemment, le type de questions posées pour déterminer le caractère volontaire des confessions contribuera à l’« évaluation [...] complète » exigée par le juge en chef McLachlin. En 1955, G. A. Martin, c.r., avait suggéré aux avocats de la défense de procéder de la façon indiquée ci-après afin de recueillir la preuve relative aux confessions au cours des enquêtes préliminaires, pour l’application de la règle de la common law à cet égard (« Preliminary Hearings » dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, 1955). Il a donné les conseils suivants, aux p. 8-9 :

Ascertain from the police officer who is called, or call him yourself, whether the accused made a statement to the police and whether it was made in writing. Have it produced and marked as an exhibit. . . . Enquire fully into all the circumstances surrounding that statement: who was present, when it was taken, how long the accused was questioned, what answers he made, what officers had him in their custody from the time of his arrest until the time the statement was finally made, and so forth, so that you will be able to go into the trial fully prepared and with confidence that you know the basis upon which the Crown is prepared to tender that statement. [Emphasis added.]

Counsel at preliminary inquiries enquire fully into “all the circumstances” surrounding confessions. They do so in part to satisfy the requirement that a judge must examine “all the evidence concerning the circumstances under which the statement was made” before determining whether a statement is voluntary (*R. v. McIntosh* (1999), 141 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), at p. 113). If a preliminary inquiry justice considers “all the circumstances” in determining whether a statement is voluntary for common law purposes, those circumstances would shed much light, if not complete light, on the “much more comprehensive appraisal” McLachlin C.J. envisages.

In her reasons, McLachlin C.J. draws a distinction between excluding evidence for common law purposes and excluding evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter* (para. 48). She explains that “[a]lthough these powers appear similar, only the latter involves an exercise of remedial authority — an authority with which a preliminary inquiry justice is not cloaked” (para. 48 (emphasis in original)).

There should be no such distinction between excluding evidence for common law purposes and excluding evidence for *Charter* purposes. In both instances, the evidence is excluded. Characterizing one as remedial and the other as not, as McLachlin

[TRADUCTION] Vérifiez auprès du policier qui a été assigné — s’il ne l’a pas été assignez-le vous-même — si l’accusé a fait une déclaration à la police et, si oui, si elle a été consignée par écrit. Faites-la déposer et inscrire comme pièce. [. . .] Renseignez-vous sur toutes les circonstances de la déclaration de l’accusé : l’identité des personnes présentes, le moment de la déclaration, la durée de l’interrogatoire, les réponses de l’accusé, le nom des policiers qui ont eu l’accusé sous leur garde depuis le moment de l’arrestation jusqu’à celui de la déclaration, et ainsi de suite, de manière à être en mesure de vous présenter en cour bien préparé et avec l’assurance que vous savez sur quelle base le ministère public entend présenter la déclaration en question. [Je souligne.]

À l’enquête préliminaire, les avocats se renseignent sur « toutes les circonstances » de la confession. Ils le font en partie pour satisfaire à l’exigence selon laquelle le juge doit examiner [TRADUCTION] « tous les éléments de preuve concernant les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite » avant de décider si celle-ci a été faite volontairement (*R. c. McIntosh* (1999), 141 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), p. 113). Si le juge président une enquête préliminaire prend en compte « toutes les circonstances » pour statuer sur le caractère volontaire d’une déclaration au regard de la common law, ces circonstances ne manqueront pas d’éclairer, voire de façon complète, l’« évaluation beaucoup plus complète » envisagée par le juge en chef McLachlin.

Dans ses motifs, le juge en chef McLachlin fait une distinction entre l’exclusion d’un élément de preuve au regard de la common law d’une part et son exclusion en vertu du par. 24(2) de la *Charte* d’autre part (par. 48). Elle donne l’explication suivante : « Bien que ces pouvoirs paraissent semblables, seul le second fait intervenir l’exercice du pouvoir de réparation — un pouvoir dont n’est pas investi le juge président une enquête préliminaire » (par. 48 (souligné dans l’original)).

Une telle distinction ne devrait pas exister entre l’exclusion d’un élément de preuve au regard de la common law et son exclusion en application de la *Charte*. Dans les deux cas, l’élément de preuve est écarté. Qualifier une mesure — mais non

72

73

74

C.J. holds, does not advance the inquiry. If a confession is crucial to the Crown's case, and the confession is excluded pursuant to common law rules of admissibility, the preliminary inquiry judge will discharge the accused. In many ways, a discharge at a preliminary inquiry is the "ultimate" remedy. A discharge at a preliminary inquiry is just as "remedial" as excluding evidence for *Charter* purposes at trial.

l'autre — de réparatrice, comme le fait le juge en chef McLachlin, ne fait pas progresser le débat. Si une confession est essentielle à la preuve du ministère public et qu'elle est écartée en application des règles de la common law en matière d'admissibilité de la preuve, le juge présidant l'enquête préliminaire libérera l'accusé. À de nombreux égards, la libération à l'enquête préliminaire constitue la réparation « par excellence ». La libération à cette étape est une mesure tout aussi « réparatrice » que l'exclusion d'éléments de preuve au procès en application de la *Charte*.

75

The rationale for the common law exclusionary rule is much the same as the "remedial" rationale for s. 24(2) of the *Charter*. In *Rothman, supra*, Lamer J. discussed the true reasons for which confessions are excluded under the common law. At p. 688, he cited an article by Freedman C.J.M. (S. Freedman, "Admissions and Confessions", in R. E. Salhany and R. J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 95), where he wrote, at p. 99:

La raison d'être de la règle d'exclusion prévue par la common law est sensiblement la même que celle du pouvoir « réparateur » prévu au par. 24(2) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Rothman*, précité, le juge Lamer a examiné les véritables raisons pour lesquelles les confessions sont écartées en vertu de la common law. À la page 688, il cite l'extrait suivant d'un article du juge en chef Freedman du Manitoba (S. Freedman, « Admissions and Confessions », dans R. E. Salhany et R. J. Carter, dir., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 95), où l'auteur a dit ceci, à la p. 99 :

It is justice then that we seek, and within its broad framework we may find the true reasons for the rule excluding induced confessions. Undoubtedly, as already stated, the main reason for excluding them is the danger that they may be untrue. But there are other reasons, stoutly disclaimed by some judges, openly professed by others, and silently acknowledged by still others — the last perhaps being an instance of an 'inarticulate major premise' playing its role in decision-making. These reasons, all of them, are rooted in history. They are touched with memories of torture and the rack, they are bound up with the cause of individual freedom, and they reflect a deep concern for the integrity of the judicial process. [Emphasis added by Lamer J.]

[TRADUCTION] C'est la justice que nous recherchons alors, et nous pouvons trouver dans son cadre général les motifs véritables de la règle d'exclusion des confessions provoquées. Sans nul doute, comme je l'ai déjà dit, le danger qu'elles soient fausses est le motif principal de leur rejet. Mais il y a d'autres motifs, que certains juges refusent résolument d'admettre, que d'autres déclarent ouvertement, et que d'autres encore reconnaissent tacitement — ce dernier cas en étant peut-être un où une règle fondamentale non écrite joue un rôle dans la prise de décision. Tous ces motifs ont leur racine dans l'histoire. Ils portent le souvenir de la torture et du supplice, ils sont liés à la cause de la liberté individuelle, et ils sont l'expression d'une préoccupation profonde pour l'intégrité de la justice. [Soulignement du juge Lamer.]

76

The common law exclusionary rule has a strong remedial component. With its deep concern for the integrity of the judicial process, evidence is excluded under the common law because the judicial process would otherwise suffer. Its remedial component is just as strong

La règle d'exclusion prévue par la common law comporte un important objet réparateur. Vu la profonde préoccupation pour l'intégrité de la justice à laquelle répond cette règle, des éléments de preuve sont exclus en application de la common law parce que le processus judiciaire en souffrirait s'ils ne

as the remedial component of s. 24(2) of the *Charter*.

D. Purpose of the Preliminary Inquiry

I disagree with the implications McLachlin C.J. draws from the manner in which the purpose of the preliminary inquiry is characterized. She explains that “the preliminary inquiry has assumed an ancillary role as a discovery mechanism . . .” (para. 31). The primary purpose of the preliminary inquiry, it follows, is to screen unmeritorious charges. From that, she concludes, to permit wide-ranging *Charter* issues to be canvassed at the preliminary inquiry would be inconsistent with the preliminary inquiry’s “intended function as an expeditious charge-screening mechanism” (para. 48). Ultimately, McLachlin C.J. holds, a preliminary inquiry is not an appropriate forum for excluding evidence obtained contrary to the *Charter*.

Ancillary or not, the discovery mechanism still exists in preliminary inquiries. In *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, the majority held that “the preliminary hearing has become a forum where the accused is afforded an opportunity to discover and to appreciate the case to be made against him at trial where the requisite evidence is found to be present” (p. 105). Similarly, in *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845, Cory J. held, at p. 854:

It cannot be denied that the preliminary hearing permits the accused to discover the extent of the case against him. It is true that in *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786, this Court made it clear that the Crown has a discretion to present only that evidence which makes out a *prima facie* case. Nonetheless the fact remains that the preliminary does permit an accused person to explore to some extent the Crown’s case.

Despite repeated attempts to limit that purpose, the preliminary inquiry has retained its discovery

l’étaient pas. Cet aspect réparateur est tout aussi important que celui du par. 24(2) de la *Charte*.

D. L’objet de l’enquête préliminaire

Je ne suis pas d’accord avec les conséquences que Madame le juge en chef McLachlin tire de la façon dont l’objet de l’enquête préliminaire est qualifié. Elle explique que, avec le temps, « l’enquête préliminaire a commencé à jouer un rôle accessoire de mécanisme de communication de la preuve » (par. 31). L’objet premier de l’enquête préliminaire est, par conséquent, d’écarter les affaires ne justifiant pas un procès. Pour cette raison, de conclure le Juge en chef, le fait de permettre l’examen approfondi, à l’étape de l’enquête préliminaire, de questions relatives à la *Charte* d’une large portée serait incompatible avec « le rôle [que cette procédure] est censée jouer en tant que mécanisme expéditif de filtrage des accusations » (par. 48). En dernière analyse, le juge en chef McLachlin conclut qu’une enquête préliminaire n’est pas le forum approprié pour décider s’il y a lieu d’écarter des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*.

Accessoire ou non, le rôle de l’enquête préliminaire en tant que mécanisme de communication de la preuve existe toujours. Dans l’arrêt *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, notre Cour à la majorité a jugé que « l’enquête préliminaire a évolué [. . .] de manière à fournir à l’accusé, lorsqu’on juge que les éléments de preuve nécessaires existent, la possibilité de découvrir et d’apprécier la nature de la preuve qui sera déposée contre lui à son procès » (p. 105). De même, dans l’arrêt *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845, le juge Cory a tiré la conclusion suivante, à la p. 854 :

On ne peut nier que l’enquête préliminaire permet à l’accusé de découvrir l’étendue de la preuve qui pèse contre lui. Il est vrai que, dans l’arrêt *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786, notre Cour a dit clairement que le ministère public peut, à sa discrétion, ne présenter que ce qui constitue une preuve suffisante à première vue. Il n’en demeure pas moins que l’enquête préliminaire permet à la personne inculpée de sonder, dans une certaine mesure, la preuve du ministère public.

L’enquête préliminaire conserve son rôle de mécanisme de communication de la preuve malgré

77

78

79

function (Department of Justice Canada, Consultation Paper, *Do we still need preliminary inquiries? Options for changes to the Criminal Code* (1994), at p. 4).

les tentatives répétées en vue de le limiter (ministère de la Justice du Canada, Document de consultation, *L'enquête préliminaire : est-elle toujours nécessaire? Propositions de modification au Code criminel* (1994), p. 4).

80 The discovery mechanism engaged by preliminary inquiries often will help shed light on many issues that are not strictly limited to determining whether “there is sufficient evidence to put the accused on trial” (s. 548(1)(a)), the test for committal McLachlin C.J. holds is the preliminary inquiry’s intended function.

Le mécanisme de communication de la preuve que déclenche l’enquête préliminaire aide souvent à clarifier de nombreuses questions qui ne permettent pas seulement de déterminer « si [. . .] la preuve [. . .] est suffisante » pour renvoyer l’accusé afin qu’il subisse son procès (al. 548(1)a)), c’est-à-dire le critère applicable pour décider s’il y a lieu d’ordonner le renvoi à procès, détermination qui, selon le juge en chef McLachlin, est censée être la fonction de l’enquête préliminaire.

81 I assume, without agreeing, that the test for committal is the intended function of the preliminary inquiry and that a “much more comprehensive appraisal” is required to determine whether to exclude confessions obtained contrary to the *Charter*. Assuming that to be correct, I conclude below that the discovery mechanism engaged by the preliminary inquiry is adequate to the task.

Je suppose, sans pour autant accepter, que l’application du critère applicable en matière de renvoi à procès est la fonction qu’est censée accomplir l’enquête préliminaire et qu’une « évaluation beaucoup plus complète » est nécessaire pour déterminer s’il y a lieu d’écarter des confessions obtenues en violation de la *Charte*. Tenant ces hypothèses pour avérées, je conclus plus loin que l’enquête préliminaire est bien adaptée à cette tâche.

82 McLachlin C.J. correctly states that some Crown counsel only introduce sufficient evidence to satisfy the test for committal. However, if the Crown only introduces evidence to satisfy a bare minimum standard, counsel for the accused may “fill in the blanks” by calling its own witnesses. Section 537(1)(g) of the *Code* states that a preliminary inquiry justice may “receive evidence on the part of the prosecutor or the accused, as the case may be, after hearing any evidence that has been given on behalf of either of them” (emphasis added). Section 541(5) of the *Code* requires a preliminary inquiry justice to “hear each witness called by the accused who testifies to any matter relevant to the inquiry . . .”. In *Ward, supra*, Cory J. held that the predecessor to s. 541 of the *Code* requires a preliminary inquiry justice to hear an accused’s witnesses even if

Le juge en chef McLachlin affirme avec raison que certains procureurs de la Couronne ne présentent qu’une preuve suffisante pour satisfaire au critère applicable en matière de renvoi à procès. Toutefois, si le ministère public se contente de présenter une preuve propre à satisfaire une norme qui ne constitue qu’un strict minimum, l’avocat de l’accusé pourra « combler les lacunes » en assignant ses propres témoins. L’alinéa 537(1)g) du *Code* précise que le juge président une enquête préliminaire peut « recevoir une preuve de la part du poursuivant ou du prévenu, selon le cas, après avoir entendu les témoignages rendus pour le compte de l’un ou l’autre d’entre eux » (je souligne). Aux termes du par. 541(5) du *Code*, le juge président l’enquête préliminaire « entend chaque témoin appelé par le prévenu, qui dépose sur toute matière pertinente à l’enquête . . . ». Dans l’arrêt *Ward*, précité, le juge Cory a conclu que la

evidence introduced by the Crown satisfies the test for committal.

In the same vein, in *R. v. R. (L.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 329 (Ont. C.A.), Arbour J.A. (as she then was) held that “the admissibility of evidence at the preliminary inquiry is determined by the concept of relevance” (p. 336), subject to applicable exclusionary rules. She held that relevance is not limited to the test for committal, reasoning that “[i]f relevance was governed solely by the narrow test for committal, not much would be left of either the statutory right to cross-examine the Crown’s evidence, or the right to call defence evidence” (p. 336).

Defence counsel have recognized the important function afforded by the right to call witnesses:

While it has been said that the Crown is only required to call witnesses sufficient to obtain a committal for trial . . . [s]ection 469 [now s. 541] . . . provides the accused with an opportunity to call those witnesses that the Crown has chosen not to call for the preliminary inquiry but would likely call at trial. This section facilitates discovery of the Crown’s case and should not be overlooked.

(E. L. Greenspan and M. Rosenberg, “The Preliminary Inquiry”, in V. M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada: Studies* (1982), 263, at p. 305.)

Accordingly, if Crown counsel chooses to call only sufficient evidence to meet the *Shephard* test, s. 541 of the *Code* could do much to highlight “all the circumstances” surrounding an offence. By highlighting “all the circumstances” surrounding an offence, a preliminary inquiry justice will virtually be compelled, let alone able, to engage in the “much more comprehensive appraisal” that McLachlin C.J. states a justice must undertake to

disposition qu’a remplacée l’art. 541 du *Code exigeait* que le juge président une enquête préliminaire entende les témoins du prévenu, même si la preuve présentée par le ministère public satisfaisait au critère applicable en matière de renvoi à procès.

Dans la même veine, dans l’affaire *R. c. R. (L.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 329 (C.A. Ont.), madame le juge Arbour (maintenant juge de notre Cour) a estimé que [TRADUCTION] « l’admissibilité de la preuve à l’enquête préliminaire est déterminée par application du concept de la pertinence » (p. 336), sous réserve des règles d’exclusion applicables. Elle a conclu que la pertinence ne se limite pas au critère applicable en matière de renvoi à procès, raisonnant que [TRADUCTION] « [s]i la pertinence s’appliquait seulement à l’égard de l’étroit critère permettant de statuer sur la question du renvoi à procès, il ne resterait plus grand-chose du droit prévu par la loi de contre-interroger les témoins à charge ou de celui d’assigner des témoins à décharge » (p. 336).

Les avocats de la défense ont reconnu l’importante fonction du droit d’assigner des témoins.:

Alors qu’on a pu dire que la couronne n’a que l’obligation d’appeler des témoins dont le témoignage est suffisant pour obtenir un renvoi à procès [. . .] [l]’article 469 [maintenant l’art. 541] offre [. . .] au prévenu l’occasion d’appeler les témoins que la couronne a choisi de ne pas appeler à l’enquête préliminaire mais appellerait vraisemblablement lors du procès. L’article facilite la découverte de la preuve de la couronne et ne devrait pas être négligé.

(E. L. Greenspan et M. Rosenberg, « L’enquête préliminaire », dans V. M. Del Buono, dir., *Procédure pénale au Canada* (1983), 307, p. 353.)

En conséquence, si le ministère public décide de ne présenter que les témoignages suffisants pour satisfaire au critère formulé dans l’arrêt *Shephard*, précité, l’art. 541 pourrait contribuer de façon considérable à mettre en lumière « toutes les circonstances » de la perpétration d’une infraction. Disposant de « toutes les circonstances » de l’infraction, le juge président une enquête préliminaire sera virtuellement contraint — mais en

83

84

85

determine whether to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

même temps en mesure — de procéder à l'« évaluation beaucoup plus complète » que, d'affirmer le juge en chef McLachlin, le juge doit accomplir pour décider s'il y a lieu d'écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

86

McLachlin C.J. places strong emphasis on the “preliminary screening function” and the “expeditious nature” of the preliminary inquiry (paras. 37 and 38). To permit preliminary inquiry justices to exclude evidence under the *Charter* would result in “additional cost and delay” (para. 39), which she concludes would be inconsistent with the limited purpose of preliminary inquiries. Likewise, many interveners in the present appeal argued that to permit *Charter* issues to be decided at the preliminary inquiry stage would cause preliminary inquiries to become a greater burden on the already heavily taxed criminal justice system.

Le juge en chef McLachlin accorde beaucoup d'importance à la « fonction de filtrage » et au « caractère expéditif » de l'enquête préliminaire (par. 37 et 38). Autoriser le juge président une enquête préliminaire à écarter des éléments de preuve en vertu de la *Charte* se traduirait par « des coûts et des délais additionnels » (par. 39), situation qui, conclut-elle, serait incompatible avec l'objectif limité des enquêtes préliminaires. De même, de nombreux intervenants dans le présent pourvoi ont fait valoir que, si les questions relatives à la *Charte* pouvaient être tranchées à l'enquête préliminaire, cette étape deviendrait un fardeau encore plus lourd pour le système de justice pénale, dont les ressources sont par ailleurs déjà lourdement grevées.

87

As a general proposition, preliminary inquiries do not occasion inordinate delay. The great majority of criminal trials are not preceded by a preliminary inquiry (Department of Justice of Canada, Working Document prepared by D. Pomerant and G. Gilmour, *A Survey of the Preliminary Inquiry in Canada* (April 1993), at p. 7). Preliminary inquiries are usually only reserved for serious offences (see generally s. 536 of the *Code*). One study prepared by the Department of Justice demonstrated that “[e]ighty percent of preliminaries took one day or less of court time, and only . . . two percent . . . occupied six or more court days” (D. G. Alford, et al., *Some Statistics on the Preliminary Inquiry in Canada* (1984), at p. vii). In 1999, Ontario's Criminal Justice Review Committee concluded that “[i]n our experience, most preliminary inquiries do not consume an inordinate amount of court time” (Ontario, Criminal Justice Review Committee, *Report of the Criminal Justice Review Committee* (1999), at p. 90).

En règle générale, les enquêtes préliminaires n'entraînent pas des délais excessifs. Dans la grande majorité des cas, les procès criminels ne sont pas précédés d'une enquête préliminaire (ministère de la Justice du Canada, document de travail préparé par D. Pomerant et G. Gilmour, *Étude de l'enquête préliminaire au Canada* (avril 1993), p. 7). La tenue d'une enquête préliminaire est généralement réservée aux infractions graves (voir, de façon générale, l'art. 536 du *Code*). Une étude préparée par le ministère de la Justice a révélé que « [q]uatre-vingt pour cent des enquêtes préliminaires ont occupé une journée d'audience ou moins, et seulement [. . .] 2 pour cent [. . .] ont occupé six journées d'audience ou davantage » (D. G. Alford et autres, *Quelques statistiques sur l'enquête préliminaire au Canada* (1984), p. 2). En 1999, le Comité de révision de la justice pénale de l'Ontario est arrivé à la conclusion suivante : [TRADUCTION] « [s]elon notre expérience, la plupart des enquêtes préliminaires ne requièrent pas un temps d'audience excessif » (Ontario, Comité de révision de la justice pénale, *Report of the Criminal Justice Review Committee* (1999), p. 90).

There is nothing to suggest that if justices at preliminary inquiries are given the power to exclude confessions obtained contrary to the *Charter*, additional cost and delay will be occasioned. One study demonstrated that in Ontario, 23,993 charges were disposed of in some way by a preliminary inquiry. Of those charges, 43.1 percent were committed for trial, 4.5 percent were discharged, and 35.7 percent were withdrawn (Pomerant and Gilmour, *supra*, at p. 37, fn. 127). As one article highlights, “[t]here is significant screening even with the current low standard” (A. D. Gold and J. R. Presser, “Let’s Not Do Away with the Preliminaries: A Case in Favour of Retaining the Preliminary Inquiry” (1996), 1 *Can. Crim. L.R.* 145, at p. 148). If it was recognized that preliminary inquiry justices had the power to exclude evidence obtained contrary to the *Charter*, the screening function would assume more significance (Gold and Presser, *supra*, at p. 148). A discharge at the preliminary inquiry stage that manages to avoid a jury trial saves an enormous amount of otherwise wasted time and resources.

If preliminary inquiry justices do not have the power to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, fewer discharges will result. Accused people will be needlessly committed to trial on the strength of evidence that will be excluded at trial. Conversely, if preliminary inquiry justices are given the power to exclude evidence, more accused people will be discharged. If such discharges are proper, that can hardly be a bad thing. However, if an accused is improperly discharged, the Crown can always prefer a direct indictment pursuant to s. 577 of the *Code* and proceed to trial regardless of the preliminary inquiry justice’s decision.

Equally, the power to exclude evidence could be of some benefit to the Crown in certain cases. By permitting a preliminary inquiry justice to determine the *Charter* issue, the justice could refuse to grant

Rien n’indique que, si les juges présidant les enquêtes préliminaires étaient habilités à écarter des confessions obtenues en violation de la *Charte*, il en résulterait des coûts et des délais additionnels. En Ontario, une étude a révélé que 23 993 accusations ont été réglées d’une façon ou d’une autre à l’issue d’une enquête préliminaire. Il y a eu renvoi à procès dans 43,1 pour 100 des affaires, libération du prévenu dans 4,5 pour 100 et retrait des accusations dans 35,7 pour 100. (Pomerant et Gilmour, *op. cit.*, p. 43, note 127). Comme on le souligne dans un article, [TRADUCTION] « [i]l se fait un filtrage considérable, même en application de la norme actuelle peu exigeante » (A. D. Gold et J. R. Presser, « Let’s Not Do Away with the Preliminaries : A Case in Favour of Retaining the Preliminary Inquiry » (1996), 1 *Rev. can. D.P.* 145, p. 148). Si l’on reconnaissait aux juges présidant les enquêtes préliminaires le pouvoir d’écarter des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*, la fonction de filtrage prendrait une importance plus grande (Gold et Presser, *loc. cit.*, p. 148). Lorsqu’un prévenu est libéré à l’enquête préliminaire et qu’un procès devant jury est évité, il en découle d’importantes économies de temps et de ressources.

Si les juges présidant les enquêtes préliminaires n’ont pas le pouvoir d’écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, moins de prévenus seront libérés à cette étape. Des prévenus seront inutilement renvoyés à procès sur le fondement d’éléments de preuve qui seront écartés au procès. À l’inverse, si les juges présidant les enquêtes préliminaires peuvent écarter des éléments de preuve, davantage de prévenus seront libérés. Si ces libérations sont fondées, ce résultat n’est certes pas une mauvaise chose. Toutefois, si un prévenu est libéré à tort, le ministère public peut toujours présenter un acte d’accusation conformément à l’art. 577 du *Code* et faire tenir un procès, indépendamment de la décision du juge qui a présidé l’enquête préliminaire.

De même, le pouvoir d’écarter des éléments de preuve pourrait dans certaines situations profiter au ministère public. Parce que le juge présidant une enquête préliminaire serait habilité à trancher

the remedy the accused seeks. By having the *Charter* question determined and rejected, an accused would be more likely to plead guilty and avoid a trial. As Gold and Presser, *supra*, state (albeit in the course of addressing a higher test for committal): “[a] more stringent test of committal would . . . relieve pressure on the trial courts by screening out unmeritorious cases, and by creating a situation in which the guilty accused is more likely to plead, having seen the strength of the Crown’s case and that a judge thinks he or she is likely to be convicted” (p. 170 (emphasis added)).

une question relative à la *Charte*, il pourrait refuser d’accorder la réparation demandée par le prévenu. Du fait que cette question aurait été tranchée et rejetée, il y aurait de fortes chances que ce dernier plaide coupable et évite la tenue d’un procès. Comme l’affirment Gold et Presser, *loc. cit.* (bien que ce soit dans le cours de l’examen d’un critère plus exigeant en matière de renvoi à procès) : [TRADUCTION] « un critère plus strict en matière de renvoi à procès allégerait le fardeau des tribunaux de première instance en écartant les affaires ne justifiant pas la tenue d’un procès et en créant une situation où il est vraisemblable que l’accusé qui est coupable reconnaîtra sa culpabilité une fois qu’il aura constaté que le ministère public dispose d’une preuve solide et qu’un juge estime qu’il sera probablement déclaré coupable » (p. 170 (je souligne)).

91

If the preliminary inquiry justice decided to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, the decision would not bind the trial judge. The exercise might be analogous to a pre-trial conference, where a judge expresses his or her preliminary views of the merits of the proceedings. Practically speaking, though, the decision would weigh heavily in the Crown’s decision to prefer an indictment. It is telling that the Crown rarely (if ever) prefers indictments after a preliminary inquiry justice excludes confessions obtained contrary to the common law and discharges an accused. The non-binding effect of the preliminary inquiry justice’s decision to exclude a confession under the common law is not thought to be a reason to repeal the power or that the “perceived benefits of litigating s. 24(2) issues at the preliminary stage may prove more illusory than real” (para. 48), quoting language used by McLachlin C.J. in the context of discussing excluding evidence pursuant to s. 24(2).

Si le juge président l’enquête préliminaire décidait d’écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, cette décision ne lierait pas le juge du procès. On pourrait assimiler cette situation à la conférence préparatoire, où le juge exprime son opinion préliminaire sur le bien-fondé des procédures. En pratique, toutefois, la décision aurait une grande incidence sur la décision du ministère public de présenter un acte d’accusation. Il est révélateur que le ministère public ne présente que rarement (voire jamais) d’actes d’accusation lorsque le juge qui présidait l’enquête préliminaire a écarté des confessions obtenues en violation de la common law et libéré le prévenu. On n’estime pas que l’effet non contraignant de la décision du juge ayant présidé l’enquête préliminaire d’écarter une confession en vertu de la common law constitue un motif d’abroger ce pouvoir ni que « les avantages apparents de débattre les questions relatives au par. 24(2) à l’étape préliminaire pourraient se révéler plus illusoire que réels », pour reprendre les termes qu’a utilisés le juge en chef McLachlin, au par. 48 de ses motifs, dans le cours de l’examen de la question de l’exclusion d’éléments de preuve en application de cette disposition.

92

Under the present preliminary inquiry system, where preliminary inquiry justices are not thought to have the power to grant *Charter* remedies, preliminary inquiries routinely engage *Charter*-related

Dans le cadre de l’actuel système d’enquête préliminaire, où les juges président les enquêtes ne sont pas considérés comme ayant le pouvoir d’accorder des réparations fondées sur la *Charte*,

evidence. In *R. v. George* (1991), 5 O.R. (3d) 144, the Ontario Court of Appeal held that “[i]t is now recognized that an accused is entitled to cross-examine Crown witnesses at a preliminary hearing relating to such matters as *Charter* defences which are not of concern to the judge conducting the hearing” (p. 148). The Ontario Court of Appeal, in *R. v. Dawson* (1998), 123 C.C.C. (3d) 385, confirmed its conclusion seven years later, when it held that “[i]t is now commonplace to have examinations of witnesses at preliminary hearings on all aspects of potential *Charter* violations” (p. 390 (emphasis added)). In *Dawson*, the Ontario Court of Appeal held that at preliminary hearings, defence counsel may obtain leave to cross-examine police witnesses on affidavits filed in support of a wiretap authorization.

In the present appeal, the Attorney General for Alberta recognized that it is often advantageous to probe *Charter* issues at the preliminary inquiry:

Inquiry into *Charter* issues at a Preliminary Inquiry can fulfill a useful purpose even though the presiding judge cannot grant a remedy for a perceived breach of *Charter* rights. Examination and cross-examination related to the potential breach may be useful in approaching that issue at trial. It may also be useful for the parties to assess the potential for a successful *Charter* application at the trial level. This can be done without argument on the balancing issues that arise if a *Charter* breach is found.

Gold and Presser, *supra*, comment that the preliminary inquiry exercise enables the defence to “better prepare [its *Charter*] applications in advance, thus saving time in the trial court” (p. 154).

An obvious question arises: if *Charter* evidence is already routinely investigated at the preliminary inquiry, why not permit the preliminary inquiry

ceux-ci sont régulièrement aux prises avec des éléments de preuve faisant intervenir la *Charte*. Dans *R. c. George* (1991), 5 O.R. (3d) 144, la Cour d’appel de l’Ontario a jugé qu’[TRADUCTION] « [i]l est maintenant reconnu qu’un accusé a le droit, à l’enquête préliminaire, de contre-interroger les témoins du ministère public relativement à certaines questions, tels des moyens de défense fondés sur la *Charte*, ne relevant pas du juge président l’audience » (p. 148). La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé sa conclusion sept ans plus tard, affirmant qu’[TRADUCTION] « [i]l est maintenant courant que des témoins soient interrogés à l’enquête préliminaire sur tous les aspects de violations potentielles de la *Charte* » (*R. c. Dawson* (1998), 123 C.C.C. (3d) 385, p. 390 (je souligne)). Dans cet arrêt, la Cour d’appel de l’Ontario a estimé que, à l’enquête préliminaire, l’avocat de la défense peut être autorisé à contre-interroger des policiers relativement aux affidavits déposés à l’appui d’une demande d’autorisation d’écoute électronique.

Dans le présent pourvoi, le procureur général de l’Alberta a reconnu qu’il est souvent avantageux de sonder les arguments fondés sur la *Charte* au cours de l’enquête préliminaire :

[TRADUCTION] L’examen à l’enquête préliminaire des arguments fondés sur la *Charte* peut se révéler utile même si le juge qui la préside n’est pas habilité à accorder une réparation à l’égard de la violation des droits garantis par la *Charte* qu’on reproche. L’interrogatoire et le contre-interrogatoire sur la violation potentielle pourraient s’avérer utiles au moment de l’examen de cette question au procès. Il peut également être profitable aux parties d’évaluer les chances de réussite que pourrait avoir, au procès, une contestation fondée sur la *Charte*. Cela peut être fait sans qu’il soit nécessaire de débattre les questions d’appréciation qui se soulèvent lorsque l’existence d’une violation de la *Charte* a été établie.

Selon Gold et Presser, *loc. cit.*, la tenue de l’enquête préliminaire permet à la défense [TRADUCTION] « de mieux préparer ses demandes [fondées sur la *Charte*], et ainsi d’économiser du temps sur cet aspect au procès » (p. 154).

Une question évidente se pose : Si des éléments de preuve liés à l’application de la *Charte* sont fréquemment examinés à l’enquête prélimi-

93

94

95

justice to rule on the *Charter* issue? If it is “useful” to examine *Charter* issues in the abstract at the preliminary inquiry stage, it would be more useful to actually have the matter decided at the preliminary inquiry stage. Moreover, to allow a preliminary inquiry justice to rule on *Charter* issues would permit both Crown and defence counsel to better prepare their *Charter* arguments and save time at trial.

96 It is not supportable by logic or efficiency to permit a preliminary inquiry justice to determine the admissibility of statements for common law purposes, but not for *Charter* purposes, when it is recognized that preliminary inquiry justices are armed with all the facts. Parliament could not have intended such waste.

E. *Whether an Accused has a Constitutional Right to a Preliminary Inquiry*

97 The Ontario Court of Appeal has concluded that an accused does not have a constitutional right to a preliminary inquiry (*R. v. Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v, and *R. v. Ertel* (1987), 58 C.R. (3d) 252, leave to appeal refused, [1987] 2 S.C.R. vii). However, that question was not raised in this appeal and should be left to be decided in the appropriate case. In the interim, it is sufficient to note that whether a constitutional right to a preliminary inquiry exists or not, there is a statutory right to one and these reasons relate only to the right of an accused where a preliminary hearing is in fact being held.

III. The Supreme Court of Canada’s Decision in Mills

98 Having canvassed the good reasons for which a preliminary inquiry justice should have the power to exclude confessions obtained contrary to the *Charter*, I now consider whether this Court’s jurisprudence prevents such a sound result.

naire, pourquoi ne pas autoriser les juges qui les président à statuer sur les questions relatives à la *Charte* auxquelles se rapportent de tels éléments? S’il est « utile » d’examiner de telles questions dans l’abstrait à l’étape de l’enquête préliminaire, il serait encore plus utile qu’elles soient effectivement tranchées à cette étape. Qui plus est, autoriser le juge de l’enquête préliminaire à se prononcer sur des questions touchant la *Charte* permettrait tant au ministère public qu’à l’avocat de la défense de mieux préparer leurs moyens fondés sur la *Charte* et d’économiser du temps sur cet aspect au procès.

Ni la logique ni l’efficacité ne sauraient justifier qu’on autorise le juge présidant une enquête préliminaire à statuer sur l’admissibilité de déclarations au regard de la common law mais non au regard de la *Charte*, alors qu’on reconnaît qu’il dispose de tous les faits. Le Parlement ne peut avoir voulu un tel gaspillage.

E. *La Constitution garantit-elle à l’accusé le droit à une enquête préliminaire?*

La Cour d’appel de l’Ontario a jugé que la Constitution ne garantit pas à l’accusé le droit à une enquête préliminaire (*R. c. Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v, et *R. c. Ertel* (1987), 58 C.R. (3d) 252, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 2 R.C.S. vii. Cependant, cette question n’a pas été soulevée dans le cadre du présent pourvoi et elle devrait plutôt être tranchée lorsque la Cour sera saisie d’une affaire appropriée. D’ici là, que la Constitution garantisse ou non le droit à une enquête préliminaire, il suffit de souligner qu’un tel droit est prévu par la loi et que les présents motifs ne portent que sur le droit d’un accusé lorsqu’il y a, dans les faits, tenue d’une enquête préliminaire.

III. L’arrêt Mills de la Cour suprême du Canada

Après avoir examiné les motifs justifiant de reconnaître au juge présidant une enquête préliminaire le pouvoir d’écarter des confessions obtenues en violation de la *Charte*, je vais maintenant me demander si la jurisprudence de notre Cour fait obstacle à une solution aussi rationnelle.

The starting point is *Mills, supra*. In *Mills*, the question at issue was whether a preliminary inquiry justice could grant a stay of proceedings pursuant to s. 24(1) of the *Charter* where an accused's s. 11(b) right to be tried within a reasonable time was infringed. However, McIntyre J., for the majority, did not limit his analysis to s. 24(1). In the course of his opinion, he went on to consider whether a preliminary inquiry justice would have jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. He held, at pp. 954-55:

It is said that [a preliminary inquiry justice] should be a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). In my view, no jurisdiction is given to enable him to perform this function. He can give, as I have said, no remedy. Exclusion of evidence under s. 24(2) is a remedy, its application being limited to proceedings under s. 24(1).

In a separate opinion, La Forest J. agreed that a preliminary inquiry justice cannot exclude evidence pursuant to s. 24(2). He held that while the power to exclude evidence under s. 24(2) "may seem similar to the magistrate's duty regarding admissibility of evidence", what is involved in the s. 24(2) analysis is the "granting of a remedy" (p. 970) — a remedy that must be exercised "having regard to all the circumstances", which, in La Forest J.'s view, "may again require more evidence than is presented at the preliminary hearing" (pp. 970-71).

Once *Mills* was decided, this Court has continued to follow its *dicta* that a preliminary inquiry justice cannot exclude evidence pursuant to s. 24(2). For example, in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, McLachlin J. (as she then was) held, at pp. 637-38:

In *Mills* this Court found that a justice presiding over a preliminary inquiry does not have the jurisdiction to grant

Le point de départ de l'analyse est l'arrêt *Mills*, précité. Dans cet arrêt, la question en litige était de savoir si le juge président une enquête préliminaire pouvait, en application du par. 24(1) de la *Charte*, ordonner l'arrêt des procédures en cas de violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable qui est garanti à l'accusé par l'al. 11b). S'exprimant au nom de la majorité, le juge McIntyre n'a toutefois pas limité son analyse au par. 24(1). Dans ses motifs, il s'est demandé si le juge président une enquête préliminaire avait compétence pour écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Il a tiré les conclusions suivantes à cet égard, aux p. 954-955 :

Or, on soutient [que le juge président l'enquête préliminaire] devrait [. . .] être [un tribunal compétent] pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Selon moi, on ne lui a pas attribué la compétence pour exercer cette fonction. Il n'est pas habilité, je le répète, à accorder de réparation. L'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) est une réparation qui ne peut être obtenue que dans le cadre d'une instance visée au par. 24(1).

Dans des motifs distincts, le juge La Forest a souscrit à l'opinion selon laquelle le juge président l'enquête préliminaire ne peut écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Il a estimé que, bien que ce pouvoir d'exclusion prévu au par. 24(2) « puisse paraître assimilable au devoir du magistrat en matière de détermination de l'admissibilité de la preuve », l'objet de cette analyse est « l'attribution d'une réparation en vertu du par. 24(2) » (p. 970-971) — réparation qui doit être accordée « eu égard aux circonstances », circonstances qui « peuvent exiger une preuve plus abondante que celle produite à l'enquête préliminaire » (p. 971).

Depuis l'arrêt *Mills*, notre Cour a continué de suivre la remarque incidente voulant que le juge président une enquête préliminaire ne puisse écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2). Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a décidé, aux p. 637-638 :

Dans l'arrêt *Mills*, notre Cour a conclu qu'un juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas « un tribunal

a remedy under s. 24 of the *Charter* because a preliminary inquiry is not a “court of competent jurisdiction” under that section. The majority held that the magistrate sitting on a preliminary inquiry is not a court of competent jurisdiction because the *Criminal Code* gives the magistrate “no jurisdiction which would permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or denied”. . . . [Emphasis added.]

compétent » au sens de l’art. 24 de la *Charte* et n’est donc pas habilité à accorder une réparation en vertu de cet article. La Cour, à la majorité, a statué que le magistrat chargé d’une enquête préliminaire n’est pas un tribunal compétent parce que le *Code criminel* ne lui confère pas « la compétence qui l’autoriserait à entendre et à juger la question de savoir s’il y a eu violation ou négation d’un droit garanti par la *Charte* . . . ». [Je souligne.]

102 In *Seaboyer*, the central question was whether a preliminary inquiry justice had jurisdiction to determine the constitutionality of legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. As in *Mills*, the Court’s analysis of s. 24(2) was *obiter*.

Dans l’arrêt *Seaboyer*, la question principale était de savoir si le juge président une enquête préliminaire avait compétence pour statuer sur la constitutionnalité d’une loi au regard de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Tout comme dans l’arrêt *Mills*, l’analyse de la Cour sur le par. 24(2) n’avait qu’un caractère incident.

IV. Is the *Obiter* in *Mills* Binding?

IV. La remarque incidente faite dans l’arrêt *Mills* a-t-elle un caractère contraignant?

103 In the present appeal, it was urged that the *obiter* in *Mills* should be considered binding because the Court expressed an opinion on a matter that was fully argued. The point emerges from decisions like *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673, where Martland J. felt he should deal with an *obiter* matter because it was “fully argued” before the Court and because it was “desirable that an expression of opinion on this point by this Court should be made” (p. 695).

Dans le présent pourvoi, on a plaidé que la remarque incidente faite dans l’arrêt *Mills* devrait être considérée comme contraignante parce que notre Cour avait alors exprimé une opinion sur une question qui avait été pleinement débattue. Cet argument repose sur certains arrêts, telle l’affaire *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, dans laquelle le juge Martland a estimé qu’il devait examiner une remarque incidente parce qu’elle avait été « pleinement débattue » devant la Cour et parce qu’il était « souhaitable que la Cour exprime son opinion là-dessus » (p. 695).

104 In fact, the s. 24(2) question was never fully argued in *Mills*. The *Schwartz* principle does not apply. The conclusion is explained below.

En réalité, la question relative au par. 24(2) n’a jamais été pleinement débattue dans l’arrêt *Mills*. Le principe formulé dans l’arrêt *Schwartz* ne s’applique pas. Je m’explique.

105 In *Mills*, four courts issued reasons for decision: the Ontario Provincial Court, the High Court of Justice, the Ontario Court of Appeal, and the Supreme Court of Canada. The Provincial Court judge’s reasons for decision are replete with references to s. 24(1) of the *Charter* rather than s. 24(2). His reasons for judgment ((1982), 2 C.R.R. 300) specifically state, at p. 309: “[s]ection 2 [i.e. s. 24(2) of the *Charter*] is not applicable to this particular application” (emphasis added). Likewise, the High Court of Justice’s reasons ((1983), 40 O.R. (2d)

Dans l’arrêt *Mills*, quatre tribunaux ont exposé des motifs de jugement : la Cour provinciale de l’Ontario, la Haute Cour de Justice, la Cour d’appel de l’Ontario et la Cour suprême du Canada. Les motifs du juge de la Cour provinciale abondent de renvois au par. 24(1) plutôt qu’au par. 24(2). Dans ses motifs ((1982), 2 C.R.R. 300), le juge de la Cour provinciale dit expressément, à la p. 309, que [TRADUCTION] « [le] par. 2 [c’est-à-dire le par. 24(2) de la *Charte*] n’est pas applicable à la présente demande » (je souligne). De même, la Haute Cour

112) do not mention s. 24(2). Finally, the Ontario Court of Appeal's short endorsement ((1983), 43 O.R. (2d) 631), states that the court preferred "not to express an opinion, in this case, on this question of jurisdiction" (pp. 631-32). The various reasons for decision demonstrate that a preliminary inquiry justice's jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2) was simply not a live issue in the courts below.

The question was not live at the Supreme Court of Canada, either. A review of the parties' written representations demonstrates that s. 24(2) was not argued by the parties, never mind "fully argued" in accordance with *Schwartz*. The accused's 46-page factum in *Mills* makes no reference to s. 24(2) of the *Charter*. The narrow issue, as framed by counsel for the accused, was whether a "judge or justice presiding at a preliminary inquiry a court of competent jurisdiction for the purposes of an application under section 24(1) of the *Charter* where the application alleges a breach of section 11(b) rights" (p. 12). No mention is made of s. 542 of the *Code*, the statutory provision at the heart of the present appeal.

The Crown's factum in *Mills* was an even lengthier tome, running some 70 pages long. It frames the narrow issue in identical terms to the accused's, and fails to mention s. 542 of the *Code*. The Crown's factum refers to s. 24(2) of the *Charter* in a grand total of two paragraphs. Ironically, in one paragraph, the Crown argued that a preliminary inquiry justice should have the jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The paragraph states:

The Respondent [i.e. the Crown] points out that the position taken above [i.e. to the effect that a preliminary inquiry justice has no jurisdiction pursuant to s. 24(1) of the *Charter*] does not foreclose the availability of all s.

de Justice ((1983), 40 O.R. (2d) 112) ne fait aucune mention du par. 24(2) dans ses motifs. Enfin, dans une courte décision manuscrite ((1983), 43 O.R. (2d) 631), la Cour d'appel de l'Ontario précise qu'elle préfère [TRADUCTION] « n'exprimer aucune opinion en l'occurrence sur cette question de compétence » (p. 631-632). Il ressort de ces divers motifs de décision que la question du pouvoir du juge président une enquête préliminaire d'écartier des éléments de preuve en application du par. 24(2) n'était tout simplement pas en litige devant les juridictions inférieures.

La question de la compétence n'était pas non plus en litige devant la Cour suprême du Canada. L'examen des mémoires des parties démontre que le par. 24(2) n'a pas été débattu par les parties et encore moins « pleinement débattu » au sens de l'arrêt *Schwartz*. Le mémoire de 46 pages de l'accusé dans *Mills* ne renferme aucune mention du par. 24(2) de la *Charte*. La question précise, formulée par l'avocat de l'accusé, était de savoir si [TRADUCTION] « [l]e juge ou le juge de paix qui préside une enquête préliminaire constitue un tribunal compétent pour les fins d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, lorsque la demande allègue violation des droits prévus à l'al. 11b)? » (p. 12). Il n'est fait aucune mention de l'art. 542 du *Code*, disposition législative au cœur du présent pourvoi.

Le mémoire du ministère public dans *Mills* était encore plus long, comptant quelque 70 pages. Le ministère public y formule la question précise en des termes identiques à ceux employés par l'accusé, sans faire mention de l'art. 542 du *Code*. Dans son mémoire, le ministère public fait état du par. 24(2) de la *Charte* dans deux paragraphes au total. Ironiquement, dans l'un de ces paragraphes, le ministère public a plaidé que le juge président une enquête préliminaire devrait disposer du pouvoir d'écartier des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Voici le texte du paragraphe en question :

[TRADUCTION] L'intimé [c.-à-d. le ministère public] souligne que la position adoptée ci-dessus [savoir que le juge président une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*]

106

107

24 relief at the preliminary inquiry. For example, a justice conducting a preliminary inquiry has the jurisdiction under Part XV of the *Code* to make rulings on the admissibility of evidence; consequently, he could under s. 24(2) of the *Charter* exclude evidence in the appropriate cases. This is an example of how the *Charter* enforcement provisions plug into the existing judicial formats and procedures. [Respondent's factum, p. 33, at para. 45]

108 To summarize, in *Mills*, none of the courts below the Supreme Court of Canada considered whether a preliminary inquiry justice has jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. One court expressly stated that s. 24(2) was not at issue, while the Ontario Court of Appeal declined to consider the question. Likewise, the parties' written submissions at the Supreme Court of Canada fail to address the question. The one specific reference to a preliminary inquiry justice's jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter* is made by the Crown in one paragraph: a paragraph that argues that a justice in fact does have jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2).

109 The *obiter* analysis in *Mills* was not fully argued at the Supreme Court of Canada. The Court's analysis should not be treated as an authoritative and binding statement of the law in accordance with *Schwartz*. The Court's analysis was solely *obiter*, a house of cards upon which future decisions were built. Finally, the issue squarely before the Court in *Mills*, i.e., the power of a preliminary justice to stay proceedings, was different from the issue addressed in *obiter*, i.e., the power to exclude evidence.

110 A stay is a final, binding decision, akin to an acquittal, subject only to appeal (see *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128). In contrast, a decision to exclude evidence at the preliminary inquiry has

n'empêche pas le tribunal d'accorder toute réparation fondée sur l'art. 24 à l'enquête préliminaire. Par exemple, le juge président une enquête préliminaire a compétence, en vertu de la Partie XV du *Code*, pour statuer sur l'admissibilité de la preuve; il pourrait donc, dans les cas appropriés, écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Cet exemple illustre de quelle façon les dispositions de la *Charte* en matière de recours s'intègrent dans les structures et procédures judiciaires. [Mémoire de l'intimé, p. 33, par. 45]

En résumé, dans l'arrêt *Mills*, aucune des juridictions inférieures saisies de l'affaire ne s'est demandée si le juge président une enquête préliminaire avait compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Un tribunal a expressément indiqué que l'application du par. 24(2) n'était pas en litige, alors que la Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'examiner la question. De même, dans leurs observations écrites à la Cour suprême du Canada, les parties ne traitaient pas de cette question. De fait, la seule mention expresse de la compétence du juge président une enquête préliminaire d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* figure dans un paragraphe des observations du ministère public, paragraphe dans lequel celui-ci plaide que le juge a effectivement compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2).

L'analyse faite en remarque incidente dans l'arrêt *Mills* n'a pas été pleinement débattue devant la Cour suprême du Canada. L'analyse de notre Cour ne devrait pas être considérée comme un énoncé juridique contraignant, faisant autorité et formulé conformément à l'arrêt *Schwartz*. Cette analyse n'était qu'une remarque incidente, un château de cartes qui a servi d'assises à des décisions subséquentes. Enfin, la question dont était nettement saisie la Cour dans l'affaire *Mills* — celle de savoir si le juge président l'enquête préliminaire avait le pouvoir d'ordonner l'arrêt des procédures — était différente de la question abordée en remarque incidente — celle concernant le pouvoir d'écarter des éléments de preuve.

L'arrêt des procédures est une décision définitive, contraignante, assimilable à un acquittement et susceptible d'appel seulement (voir *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128). Au contraire, la décision

effect only in that proceeding, and assuming the accused is committed for trial, does not bind the trial court nor does it bind the Crown from proceeding by indictment if there is no committal. In short, nothing in *Mills* compelled the conclusion reached in *obiter* with respect to s. 24(2).

V. Assuming the Court's *Obiter* Analysis in *Mills* is Binding, Should it be Overruled?

In this part of the reasons, it is assumed that the Court's *obiter* analysis of s. 24(2) of the *Charter* in *Mills* represented a fully argued and authoritative principle of law. On this assumption, I consider whether there are reasons to depart from the *obiter* rule. Until now, the s. 24(2) analysis in *Mills* was never seriously challenged.

In *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, Dickson C.J. explained the circumstances under which the Court should overrule a previous decision. In *Bernard*, Dickson C.J. held that “[t]here must be compelling circumstances to justify departure from a prior decision” (p. 849), and set out a number of factors to consider. A few years later, Lamer C.J. recognized that the factors in *Bernard* “were not held to be a comprehensive list nor was it claimed that they must all be present in a particular case to justify overruling a prior decision” (*R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1353).

In addition to the guidance provided in *Bernard*, it is significant that the seven-member Court in *Mills* was divided four to three on this portion of the judgment. In the 15 years since *Mills* was decided, and for the reasons previously outlined, it is my opinion that, to the extent *Mills* holds that the provincial court and its members are not courts

d'écarter des éléments de preuve à l'enquête préliminaire n'a d'effet qu'à l'égard de cette procédure et, à supposer que l'accusé soit renvoyé pour subir son procès, elle ne lie pas le juge du procès, ni d'ailleurs le ministère public qui peut procéder par voie de mise en accusation s'il n'y a pas renvoi à procès. Bref, rien dans *Mills* n'obligeait à formuler en remarque incidente la conclusion tirée relativement au par. 24(2).

V. Si l'analyse faite en remarque incidente par notre Cour dans l'arrêt *Mills* a un caractère contraignant, la règle devrait-elle être renversée?

Dans la présente partie de mes motifs, je pars de l'hypothèse que la remarque incidente concernant le par. 24(2) de la *Charte* formulée dans l'arrêt *Mills* représentait un principe juridique pleinement débattu et faisant autorité. À partir de cette hypothèse, je vais me demander s'il y a des motifs de s'écarter de la règle formulée en remarque incidente. Jusqu'à maintenant, l'analyse du par. 24(2) faite dans l'arrêt *Mills* n'a jamais été sérieusement contestée.

Dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, le juge en chef Dickson a expliqué les circonstances dans lesquelles notre Cour devrait renverser une décision antérieure. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson a conclu qu'« [i]l doit en effet y avoir des circonstances impérieuses pour justifier qu'on s'écarte d'un précédent » (p. 849), puis il a formulé un certain nombre de facteurs à prendre en considération. Quelques années plus tard, le juge en chef Lamer a reconnu que les facteurs énoncés dans l'arrêt *Bernard* « n'étaient pas censés représenter une liste exhaustive et [qu'] il n'était pas nécessaire que tous les facteurs soient présents dans une affaire donnée pour que soit justifiée la décision de renverser un jugement antérieur » (*R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1353).

Outre les indications formulées dans l'arrêt *Bernard*, il est notable que la formation de sept juges qui a rendu jugement dans l'arrêt *Mills* était divisée à quatre contre trois sur cette partie du jugement. Vu les 15 années qui se sont écoulées depuis l'arrêt *Mills* et les motifs exposés précédemment, j'estime que cet arrêt devrait être renversé dans la mesure

111

112

113

of competent jurisdiction for purposes of excluding certain evidence obtained contrary to s. 24(2) of the *Charter*, it should be overruled.

A. *The Change is Incremental*

114 In a number of decisions, the Supreme Court of Canada has considered whether incremental changes should be made to the common law. Much of the analysis is helpful to determine whether incremental changes should be made to *Charter* jurisprudence. In determining whether to change the common law, the Court has shown itself to be willing to do so, in part, where “the process of change is a slow and incremental one, based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances” (*Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 760, *per* McLachlin J.).

115 In the present appeal, the narrow change to the *obiter* in *Mills* is a slow and incremental one. In many respects, to permit statements obtained contrary to the right to counsel to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* is a mirror image of what preliminary inquiry justices are already required to do when they exclude an involuntary confession under the common law. Indeed, because all aspects of all *Charter* violations are already explored at the preliminary inquiry, an arguable case could be made for the proposition that a preliminary inquiry justice should be permitted to exclude evidence from all *Charter* violations (and not just self-incriminating statements obtained contrary to the *Charter*) pursuant to s. 24(2). The narrow ambit of this decision simply extends “an existing principle to new circumstances”.

B. *The Decision has been Attenuated by Subsequent Decisions*

116 In *Bernard*, *supra*, Dickson C.J. recalled that the Court has held that where a decision has been attenuated by subsequent decisions, it may be appropri-

où il établit que la cour provinciale et ses juges ne constituent pas un tribunal compétent pour écarter certains éléments de preuve obtenus en violation du par. 24(2) de la *Charte*.

A. *Changement progressif*

Dans un certain nombre d'arrêts, notre Cour s'est demandé si des changements progressifs devaient être apportés à la common law. L'analyse pertinente à cet égard est en bonne partie applicable pour décider de l'opportunité d'apporter des changements progressifs à la jurisprudence relative à la *Charte*. Lorsqu'elle a été appelée à décider s'il y avait lieu de modifier la common law, notre Cour s'est montrée disposée à le faire en partie lorsque « cela ne se fait que lentement et progressivement, et dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles » (*Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 760, le juge McLachlin).

Dans le présent pourvoi, le changement restreint apporté à la remarque incidente formulée dans l'arrêt *Mills* est lent et progressif. À de nombreux égards, le fait de permettre l'exclusion des déclarations obtenues en violation du droit à l'assistance d'un avocat conformément au par. 24(2) de la *Charte* reflète ce que les juges de paix présidant les enquêtes préliminaires sont déjà appelés à faire lorsqu'ils écartent une confession involontaire en vertu de la common law. De fait, puisque l'on examine déjà, à l'enquête préliminaire, les divers aspects de toutes les violations de la *Charte*, on pourrait soutenir que le juge présidant une enquête préliminaire doit être autorisé à écarter, en application du par. 24(2), des éléments de preuve découlant de toute violation de la *Charte* (et non seulement les déclarations auto-incriminantes obtenues en violation de la *Charte*). Par sa portée limitée, la présente décision ne fait qu'appliquer « un principe existant à des circonstances nouvelles ».

B. *Atténuation de la portée d'un arrêt par des décisions subséquentes*

Dans l'arrêt *Bernard*, précité, le juge en chef Dickson a rappelé que notre Cour avait jugé que, dans le cas où la portée d'un arrêt est atténuée

ate to overrule the earlier decision (pp. 855-56). As well, academic criticism may be considered as Dickson C.J. did in *Bernard*.

Mills has been subject to criticism. In a case annotation published shortly after *Mills* was decided ((1986), 52 C.R. (3d) 1), Professor D. Stuart stated, at pp. 7-8:

What is troublesome, however, is the majority conclusion reached by McIntyre J. and La Forest J. that a justice at the preliminary inquiry cannot exclude evidence pursuant to s. 24(2) by reason of a Charter violation in the obtaining of that evidence. Although the justice's function is restricted to determining whether there is sufficient evidence to warrant a committal for trial, this power has traditionally and consistently been interpreted as referring to legally admissible evidence. The voluntariness of admissions and other evidentiary issues which can result in exclusion have always been viewed as part of the justice's function. While it may be justifiable to remove some Charter issues from the scope of the justice's consideration, those which relate directly and specifically to the admissibility of evidence seem appropriately to fit within the justice's function. This is particularly true when one remembers Estey J.'s admonition in *Skogman* . . . in which he stressed the importance of the justice's role in ensuring that accused persons not be subjected to the rigours of the trial process and the resources of the state when available admissible evidence does not warrant it. The explanation offered by McIntyre J., which links the application of s. 24(2) to "proceedings under s. 24(1)" . . ., is a tenuous thread with which to sew up this issue. The notion of committing on inadmissible evidence is a strange one.

Certain illogical implications stem from *Mills*. For example, suppose two accused persons, A and B, are charged with the same indictable offence, after which a plain, serious and obvious *Charter* violation has occurred. A elects to forego a preliminary inquiry, choosing instead to be tried by a provincial court judge, who is required to apply *Charter* remedies and may exclude evidence pursu-

par des décisions subséquentes, il pourrait être opportun de renverser l'arrêt en question (p. 855-856). Les critiques doctrinales peuvent également être prises en considération, comme l'a fait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bernard*.

L'arrêt *Mills* a fait l'objet de critiques. Dans une annotation accompagnant le texte de l'arrêt *Mills* publiée dans (1986), 52 C.R. (3d) 1, le professeur D. Stuart a dit ce qui suit, aux p. 7-8 :

[TRADUCTION] Cependant, l'aspect troublant est la conclusion qu'ont tirée les juges McIntyre et La Forest et qui a rallié la majorité, savoir que le juge présidant une enquête préliminaire ne peut, en application du par. 24(2), écarter des éléments de preuve pour le motif qu'on aurait violé la Charte en les recueillant. Bien que la fonction du juge de l'enquête préliminaire se limite à déterminer si la preuve est suffisante pour justifier le renvoi à procès, l'exercice de ce pouvoir a traditionnellement et invariablement été interprété comme visant la preuve légalement admissible. On a toujours considéré que l'examen du caractère volontaire des aveux ainsi que d'autres questions susceptibles de donner lieu à l'exclusion de certains éléments de preuve faisait partie des fonctions du juge de l'enquête préliminaire. Bien qu'il puisse être justifié de soustraire certaines questions relatives à la Charte au champ visé par l'examen du juge de l'enquête préliminaire, les questions qui se rattachent directement et spécifiquement à l'admissibilité d'éléments de preuve semblent cadrer de façon appropriée avec le rôle du juge de l'enquête préliminaire. C'est particulièrement vrai lorsqu'on se rappelle la directive du juge Estey dans l'arrêt *Skogman* [. . .] où ce dernier a insisté sur l'importance du rôle du juge de l'enquête préliminaire, qui consiste à veiller à ce qu'un prévenu ne soit pas assujéti, lorsque la preuve admissible ne le justifie pas, aux rigueurs d'un procès où l'État met ses ressources à contribution contre lui. L'explication du juge McIntyre, qui subordonne l'application du par. 24(2) à l'existence d'« une instance visée au par. 24(1) » [. . .], est un argument bien mince pour résoudre toute cette question. L'idée d'un renvoi à procès prononcé sur le fondement d'éléments de preuve inadmissibles est étrange.

Certaines conséquences illogiques découlent de l'arrêt *Mills*. Par exemple, supposons que deux personnes, A et B, soient accusées du même acte criminel, qui aurait été suivi d'une violation évidente et grave de la *Charte*. A renonce à la tenue d'une enquête préliminaire et choisit plutôt d'être jugé par un juge de la cour provinciale, lequel est tenu d'accorder les réparations prévues par la *Charte* et

ant to s. 24(2) of the *Charter*. On the afternoon of the same day, B appears before the same provincial court judge for a preliminary inquiry hearing. The judge is prohibited from ruling on *Charter* violations, so the violations found in A's morning trial must await trial in B's case, where a different judge will presumably exclude evidence in the same way it was excluded for the other accused. Nothing is achieved by the process, other than wasting judicial time and resources, and delaying the *Charter* remedies to which the accused is entitled. One judge commented on the anomaly, wondering whether a provincial court judge is required "to admit such evidence at the preliminary knowing full well that it will have to be excluded at trial" (*Grossi, supra*, at p. 281).

peut écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le même jour, dans l'après-midi, B comparait devant le même juge de la cour provinciale pour l'enquête préliminaire. Comme il est interdit au juge de statuer sur les violations de la *Charte*, les violations dont l'existence a été établie au cours du procès de A dans la matinée ne pourront être examinées qu'au procès de B, dans le cadre duquel un juge différent écartera vraisemblablement les éléments de preuve, tout comme ils l'ont été dans le cas de l'autre accusé. Cette façon de faire ne donne rien, si ce n'est gaspiller le temps et les ressources du tribunal et retarder l'obtention par l'accusé des réparations auxquelles il a droit. Un juge a commenté cette anomalie, se demandant si un juge de la cour provinciale est tenu [TRADUCTION] « d'admettre de tels éléments de preuve à l'enquête préliminaire, tout en sachant fort bien qu'ils devront être écartés au procès » (*Grossi, précité*, p. 281).

119 Finally, as previously explained, *Mills* has been attenuated by the tendency to have all aspects of potential *Charter* violations explored at a preliminary inquiry, even where the Crown's case satisfies the test for committal (*R. (L.), supra*; *Dawson, supra*).

Enfin, comme je l'ai expliqué précédemment, la portée de l'arrêt *Mills* a été atténuée par la tendance des tribunaux à examiner, à l'enquête préliminaire, les divers aspects des violations potentielles de la *Charte*, même lorsque la preuve du ministère public satisfait au critère applicable en matière de renvoi à procès (*R. (L.), précité*, et *Dawson, précité*).

C. *The Change Reflects a Better Understanding of the Charter*

C. *Le changement reflète une meilleure compréhension de la Charte*

120 If this Court's understanding of the *Charter* develops over time, changes should be made to rules that are inconsistent with that present understanding. The analysis is closely related to the idea that where a decision has been attenuated by subsequent decisions, it may be appropriate to overrule the decision.

Si la compréhension que notre Cour a de la *Charte* évolue au fil des ans, des changements devraient en conséquence être apportés aux règles qui sont incompatibles avec cette compréhension. Ce raisonnement s'apparente étroitement à l'idée que, dans les cas où la portée d'un arrêt a été atténuée par des décisions subséquentes, il pourrait être opportun de renverser cet arrêt.

121 In 1986, when *Mills* was decided, s. 24(2) was not yet well understood. This Court's first ruling on s. 24(2) of the *Charter* which was in its infancy occurred one year before *Mills*, in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613. Important cases on the meaning of s. 24(2) like *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, had not yet been decided. All of which may explain the Court's apprehension in 1986 in moving

En 1986, lorsque l'arrêt *Mills* a été rendu, le par. 24(2) n'était pas encore bien compris. Le premier jugement de notre Cour sur le par. 24(2) de la *Charte* — qui n'existait que depuis quelques années — fut l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, rendu une année avant l'arrêt *Mills*. Des arrêts importants sur l'interprétation du par. 24(2), par exemple *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S.

too quickly to recognize provincial courts as courts of competent jurisdiction for purposes of applying *Charter* remedies.

Today, with close to 20 years of case law on the issue of whether evidence should be excluded pursuant to the *Charter*, the rules are much better understood. Guided by this substantial case law, preliminary inquiry justices are well placed to decide whether to exclude evidence pursuant to the *Charter* in a fair manner that corresponds to the law.

Distilled to the narrow exception carved out in these reasons — self-incriminating statements obtained contrary to the *Charter* — our understanding of s. 24(2) has substantially developed since 1986, when *Mills* was decided. As previously mentioned, this Court has held that generally, if an accused's statement is obtained in violation of *Charter* rights, self-incriminating evidence will be excluded under s. 24(2) without the need for much further inquiry. The *obiter* analysis of s. 24(2) in *Mills* should be modified to comply with our present understanding of the circumstances under which self-incriminating evidence is excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

VI. Conclusion

I conclude that a preliminary inquiry hearing, by virtue of its function and structure, is an appropriate forum for excluding statements obtained contrary to the *Charter*. At preliminary inquiries, counsel routinely investigate *Charter* issues not strictly related to the test for committal, largely because Parliament did not intend relevant questions to be limited to the test for committal. Section 542 of the *Code* requires preliminary inquiry justices to be satisfied beyond a reasonable doubt that confessions are voluntary. In determining whether a confession is voluntary, justices look at all the circumstances. In so doing, preliminary inquiry justices become

265, n'avaient pas encore été rendus. Tout cela peut expliquer l'appréhension qu'avait notre Cour, en 1986, à reconnaître trop rapidement les cours provinciales comme des tribunaux compétents pour accorder des réparations en vertu de la *Charte*.

Aujourd'hui, avec près de 20 ans de jurisprudence sur la question de savoir si des éléments de preuve devraient être écartés en application de la *Charte*, les règles sont beaucoup mieux comprises. Guidés par cette abondante jurisprudence, les juges présidant les enquêtes préliminaires sont bien placés pour décider d'une manière équitable et conforme au droit s'il y a lieu d'écartier des éléments de preuve en application de la *Charte*.

Réduite à l'exception restreinte énoncée dans les présents motifs — savoir les déclarations auto-incriminantes obtenues en violation de la *Charte* — notre compréhension du par. 24(2) a beaucoup évolué depuis l'arrêt *Mills* en 1986. Comme je l'ai mentionné précédemment, notre Cour a conclu que, en règle générale, si la déclaration de l'accusé a été obtenue en violation des droits que lui garantit la *Charte*, l'élément de preuve auto-incriminant est écarté en vertu du par. 24(2), sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen plus approfondi. Il y a lieu de modifier l'analyse du par. 24(2) formulée en remarque incidente dans l'arrêt *Mills* pour la rendre compatible avec notre compréhension actuelle des circonstances justifiant l'exclusion d'une preuve auto-incriminante en application du par. 24(2) de la *Charte*.

VI. Conclusion

Je conclus que, de par sa fonction et sa structure, l'enquête préliminaire est un forum approprié pour prononcer l'exclusion de déclarations obtenues en violation de la *Charte*. À l'enquête préliminaire, les avocats débattent fréquemment de questions relatives à la *Charte* qui ne se rattachent pas strictement au critère applicable en matière de renvoi à procès, et ce dans une large mesure parce que le Parlement n'entendait pas que des questions pertinentes ne soient examinées que dans le cours de l'application de ce critère. Suivant l'art. 542 du *Code*, le juge de l'enquête préliminaire doit être convaincu hors de tout doute raisonnable du caractère volontaire des

122

123

124

sufficiently informed to determine *Charter* violations and to determine whether self-incriminating evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

confessions. Lorsqu'il décide si une confession a été faite volontairement, le juge de l'enquête préliminaire tient compte de toutes les circonstances. Cela lui permet de recueillir suffisamment d'informations pour être à même de décider s'il y a eu violation de la *Charte* et si des éléments de preuve auto-incriminants doivent être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*.

125

Consequently, I would allow the appeal.

En conséquence, j'accueillerais le pourvoi.

Appeal dismissed, IACOBUCCI, MAJOR, BINNIE and ARBOUR JJ. dissenting.

Pourvoi rejeté, les juges IACOBUCCI, MAJOR, BINNIE et ARBOUR sont dissidents.

Solicitors for the appellant: Lewis, Day, St. John's.

Procureurs de l'appelant : Lewis Day, St. John's.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, St. John's.

Procureur de l'intimée : Le ministère de la Justice, St. John's.

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

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

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

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

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

Ian Vincent Golden *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario,
the Aboriginal Legal Services of Toronto,
the Canadian Association of Chiefs of
Police, the African Canadian Legal Clinic,
and the Canadian Civil Liberties Association** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. GOLDEN

Neutral citation: 2001 SCC 83.

File No.: 27547.

2001: February 15; 2001: December 6.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be secure against unreasonable search and seizure — Search incident to arrest — Strip search of accused in public place resulting in seizure of crack cocaine — Whether strip search infringed accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Criminal law — Search and seizure — Search incident to arrest — Strip search of accused in public place resulting in seizure of crack cocaine — Whether scope of common law "search incident to arrest" power broad enough to encompass authority to strip search arrested individual — If so, whether common law reasonable — Whether strip search of accused was carried out in reasonable manner.

Police officers set up an observation post in an unoccupied building across from a sandwich shop, in an effort

Ian Vincent Golden *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général de l'Ontario,
Aboriginal Legal Services of Toronto,
l'Association canadienne des chefs de
police, African Canadian Legal Clinic et
l'Association canadienne des libertés
civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. GOLDEN

Référence neutre : 2001 CSC 83.

N^o du greffe : 27547.

2001 : 15 février; 2001 : 6 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives — Fouille accessoire à une arrestation — Saisie de crack résultant de la fouille à nu d'un accusé dans un endroit public — La fouille à nu de l'accusé a-t-elle porté atteinte au droit de ce dernier à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit criminel — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à une arrestation — Saisie de crack résultant de la fouille à nu d'un accusé dans un endroit public — Le pouvoir reconnu par la common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est-il assez vaste pour englober le pouvoir de soumettre une personne arrêtée à une fouille à nu? — Dans l'affirmative, la common law est-elle raisonnable? — La fouille à nu de l'accusé a-t-elle été effectuée de manière raisonnable?

Des policiers ont établi un poste d'observation dans un édifice inoccupé situé en face d'une sandwicherie,

to detect illegal drug activity in an area where trafficking was known to occur. One of the officers observed G, who was in the shop, and testified that he saw two transactions in which persons entered the shop and received a substance from G. The officer testified that given the place where this transaction occurred, the manner in which it took place, and the colour of the substance, he believed the substance was cocaine and that G was trafficking in drugs, and he instructed the take-down officers to arrest G. During the arrests, the police found what they believed to be crack cocaine under the table where one of the suspects was arrested and G was observed crushing what appeared to be crack cocaine between his fingers.

Following the arrests, a police officer conducted a "pat down" search of G and did not find any weapons or narcotics. The officer then decided to conduct a visual inspection of G's underwear and buttocks on the landing at the top of the stairwell leading to a basement where public washrooms were located. The officer undid G's pants and pulled them back along with G's long underwear. The officer saw a clear plastic wrap protruding from between G's buttocks, as well as a white substance within the wrap. The officer tried to retrieve the plastic wrap, but G "hip-checked" and scratched him. G was then escorted to a seating booth at the back of the shop. The officers forced him to bend over a table and his pants were lowered to his knees and his underwear was pulled down. The officers tried to seize the package from his buttocks, but were unsuccessful. Following these attempts, G accidentally defecated; however, the package did not dislodge. An officer then retrieved a pair of rubber dishwashing gloves and again tried to remove the package while G was face-down on the floor, with another officer holding down his feet. Finally, the officer was able to remove the package once G unclenched his muscles. It contained 10.1 grams of crack cocaine. G was placed under arrest for possession of a narcotic for the purpose of trafficking, and for police assault. He was strip searched again at the police station, fingerprinted and detained pending a bail hearing.

On a *voir dire* hearing, G applied to have the evidence obtained from the search excluded under ss. 8 and 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The application was denied, and the evidence was admitted. G was found guilty of possession of a narcotic for the purpose of trafficking, but acquitted on the police assault

dans le but de mettre au jour des activités de trafic de stupéfiants dans un secteur actif connu. L'un des policiers a observé G qui se trouvait dans le restaurant, et a affirmé avoir été témoin de deux opérations au cours desquelles des personnes sont entrées dans le restaurant et ont reçu une substance de G. Le policier a déclaré que, compte tenu de l'endroit où l'opération a eu lieu, de la façon dont elle s'est déroulée et de la couleur de la substance, il était convaincu qu'il s'agissait de cocaïne et que G faisait le trafic de stupéfiants, et il a donné aux agents chargés d'effectuer la descente l'ordre de procéder à l'arrestation de G. Au cours des arrestations, les policiers ont trouvé ce qui leur a semblé être du crack sous la table où l'un des suspects a été arrêté, et ils ont vu G écraser entre ses doigts ce qui semblait être du crack.

À la suite des arrestations, un policier a procédé à une fouille sommaire de G et n'a trouvé ni armes ni stupéfiants. Il a ensuite décidé de procéder à une inspection visuelle du sous-vêtement et des fesses de G, sur le palier supérieur de l'escalier conduisant au sous-sol, où se trouvaient les toilettes publiques. Le policier a dégrafé le pantalon de G, puis a tiré vers l'arrière le pantalon et le caleçon long de ce dernier. Il a vu un emballage de plastique transparent qui dépassait des fesses de G et une substance blanche à l'intérieur de cet emballage. Le policier a tenté de retirer le sachet, mais G lui a donné un coup de hanche et l'a griffé. G a alors été conduit vers une banquette, à l'arrière du restaurant. Les policiers l'ont forcé à se pencher sur une table et lui ont baissé le pantalon aux genoux et ont tiré son caleçon vers le bas. Ils ont tenté en vain de retirer le sachet des fesses de G. À la suite de ces tentatives, G a accidentellement déféqué, sans toutefois que l'objet ne soit libéré. Un policier a alors emprunté une paire de gants à vaisselle en caoutchouc, dont il s'est servi pour tenter à nouveau de retirer le sachet, alors que G était couché au sol, face contre terre, et avait les pieds immobilisés par un autre policier. Le policier a finalement réussi à retirer le sachet après que G eut relâché ses muscles. Il contenait 10,1 grammes de crack. G a été mis en état d'arrestation pour possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic et pour voies de fait contre un agent de police. Il a été de nouveau soumis à une fouille à nu au poste de police, puis on a pris ses empreintes digitales et on l'a gardé en détention jusqu'à son enquête sur le cautionnement.

Lors du *voir dire*, G a demandé que les éléments de preuve obtenus à la suite de la fouille soient exclus en vertu des art. 8 et 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a été débouté de cette requête et la preuve a été admise. G a été reconnu coupable de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic, mais acquitté de

charge. The Court of Appeal dismissed his appeal from his conviction and sentence.

Held (McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The accused's conviction should be overturned and an acquittal entered.

Per Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Searches of the person incident to arrest are an established exception to the general rule that warrantless searches are *prima facie* unreasonable. Given that the purpose of s. 8 of the *Charter* is to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy, it is necessary to have a means of preventing unjustified searches before they occur, rather than simply determining after the fact whether the search should have occurred.

The importance of preventing unjustified searches before they occur is particularly acute in the context of strip searches. Strip searches are inherently humiliating and degrading for detainees regardless of the manner in which they are carried out and for this reason they cannot be carried out simply as a matter of routine policy. The fact that the police have reasonable and probable grounds to carry out an arrest does not confer upon them the automatic authority to carry out a strip search, even where the strip search meets the definition of being "incident to lawful arrest". In light of the serious infringement of privacy and personal dignity that is an inevitable consequence of a strip search, such searches are only constitutionally valid at common law where they are conducted as an incident to a lawful arrest for the purpose of discovering weapons in the detainee's possession, in order to ensure the safety of the police, the detainee and other persons, or for the purpose of discovering evidence related to the reason for the arrest, in order to preserve it and prevent its disposal by the detainee. In addition to reasonable and probable grounds justifying the arrest, the police must establish reasonable and probable grounds justifying the strip search. Where these preconditions to conducting a strip search incident to arrest are met, it is also necessary that the strip search be conducted in a manner that does not infringe s. 8 of the *Charter*. If there is no prior judicial authorization for the strip search, several factors should be considered by the authorities in deciding whether, and if so how, to conduct such a procedure. Strip searches should generally only be conducted at the police station except where there are exigent circumstances requiring that the detainee be searched prior to being transported there. Clear legislative prescription

l'accusation de voies de fait contre un agent de police. La Cour d'appel a rejeté l'appel qu'il a interjeté contre sa déclaration de culpabilité et sa sentence.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. La déclaration de culpabilité de l'accusé est annulée et remplacée par un verdict d'acquiescement.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel : Les fouilles personnelles accessoires à une arrestation constituent une exception établie à la règle générale selon laquelle les fouilles sans mandat sont à première vue abusives. Comme l'art. 8 de la *Charte* a pour objet de protéger les personnes contre les atteintes injustifiées que l'État pourrait porter à leur vie privée, il faut disposer d'un moyen de prévenir les fouilles injustifiées avant même qu'elles ne se produisent, plutôt que simplement d'un moyen de déterminer après le fait si elles auraient dû être effectuées.

La nécessité de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent est d'une importance particulièrement critique dans le contexte des fouilles à nu. Les fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et avilissantes pour les personnes détenues, peu importe la manière dont elles sont effectuées; voilà pourquoi l'on ne peut tout simplement y recourir systématiquement dans le cadre d'une politique. Le fait que les policiers aient des motifs raisonnables de procéder à une arrestation ne leur confère pas automatiquement le pouvoir de procéder à une fouille à nu, même lorsque cette fouille à nu est effectivement « accessoire à une arrestation légale » selon la définition donnée à cette expression. Eu égard à l'atteinte grave à la vie privée et à la dignité de la personne qui découle inévitablement d'une fouille à nu, les fouilles de cette nature ne sont constitutionnelles en common law que lorsqu'elles sont effectuées accessoirement à une arrestation légale afin de découvrir des armes que la personne détenue a en sa possession, d'assurer la sécurité de la police, celle de la personne détenue et celle d'autrui, de découvrir des éléments de preuve liés au motif de l'arrestation, de préserver ces éléments de preuve et d'empêcher la personne détenue de les faire disparaître. La police doit établir l'existence de motifs raisonnables qui justifient la fouille à nu en plus des motifs raisonnables qui justifient l'arrestation. Une fois réunies ces conditions préalables à l'exécution d'une fouille à nu accessoire à une arrestation, il faut nécessairement s'assurer que la fouille à nu est effectuée d'une manière qui ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte*. En l'absence d'autorisation judiciaire préalable de la fouille à nu, il faut que les autorités prennent plusieurs facteurs en considération pour décider s'il y a lieu de procéder à

as to when and how strip searches should be conducted would be of assistance to the police and to the courts.

The common law of search incident to arrest, which permits strip searches, does not violate s. 8 of the *Charter*. The common law rule ensures that such searches are only carried out where the police establish reasonable and probable grounds for a strip search for the purpose of discovering weapons or seizing evidence related to the offence for which the detainee was arrested. Furthermore, the factors set out ensure that when strip searches are carried out as an incident to arrest, they are conducted in a manner that interferes with the privacy and dignity of the person being searched as little as possible. Attention to these issues will also ensure that the proper balance is struck between the privacy interests of the person being searched and the interests of the police and of the public in preserving relevant evidence and ensuring the safety of police officers, detained persons and the public.

While in this case the arrest was lawful and the strip search was related to the purpose of the arrest, the Crown has failed to prove that the strip search was carried out in a reasonable manner. This case was not one involving an urgent and necessary need to conduct a strip search "in the field" for the purpose of preserving evidence, and the decision to strip search was premised largely on a single officer's hunch, arising from a handful of personal experiences. The police officers' decision to strip search G in the restaurant was accordingly unreasonable. Moreover, the manner in which the strip search was conducted in the restaurant did not comply with the requirements of reasonableness contained in s. 8 of the *Charter*. G was not given the opportunity to remove his own clothing; the strip search was conducted without notice to, or authorization from, a senior officer; and the search was carried out in a manner that may have jeopardized G's health and safety. Where the circumstances of a search require the seizure of material located in or near a body cavity, either the individual being searched should be given the opportunity to remove the material himself, or the advice and assistance of a trained medical professional should be sought to ensure that the material can be safely removed. Further, if the general approach articulated in this case is not followed, such that the search is unreasonable, there is no requirement that anyone cooperate with the viola-

un tel exercice et, le cas échéant, de quelle façon. Les fouilles à nu ne devraient généralement être effectuées qu'au poste de police, sauf dans des situations d'urgence exigeant que le détenu soit soumis à une fouille avant son transport à cet endroit. Des dispositions législatives prescrivant clairement quand et comment les fouilles à nu devraient être effectuées seraient très utiles à la police comme aux tribunaux.

La common law en matière de fouilles accessoires à une arrestation, qui permet la fouille à nu, ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte*. La règle de common law garantit que de telles fouilles ne sont effectuées que lorsque la police établit l'existence de motifs raisonnables justifiant d'y procéder afin de découvrir des armes ou de saisir des éléments de preuve liés à l'infraction pour laquelle le détenu a été arrêté. De plus, les facteurs mentionnés garantissent que, le cas échéant, les fouilles à nu auxquelles on procède accessoirement à une arrestation sont effectuées d'une manière qui porte le moins possible atteinte au droit à la vie privée et à la dignité de la personne qui y est soumise. L'attention portée à ces questions permettra d'atteindre un juste équilibre entre le droit à la vie privée de la personne soumise à la fouille et les intérêts qu'ont la police et le public à ce que les preuves pertinentes soient conservées et que soit assurée la sécurité des agents de police, des personnes détenues et du public.

Bien que l'arrestation fût légale en l'espèce et que la fouille à nu fût liée au but de l'arrestation, le ministère public n'a pas prouvé que la fouille à nu a été effectuée d'une manière raisonnable. Il n'existait pas en l'espèce de besoin urgent et impérieux d'effectuer une fouille à nu « sur les lieux » afin de préserver la preuve, et la décision de procéder à la fouille à nu était fondée en grande partie sur le simple pressentiment d'un seul policier, issu d'une poignée d'expériences personnelles. La décision prise par les policiers de soumettre G à une fouille à nu dans le restaurant était donc abusive. De plus, la manière dont la fouille à nu a été effectuée dans le restaurant ne respectait pas les exigences relatives au caractère raisonnable fixées par l'art. 8 de la *Charte*. Les policiers n'ont pas donné à G le choix de retirer lui-même ses vêtements, ils ont procédé à la fouille à nu sans aviser un officier supérieur ni lui demander son autorisation et la fouille a été effectuée d'une manière qui aurait pu mettre en danger la santé et la sécurité de G. Lorsque les circonstances d'une fouille nécessitent la saisie d'objets situés à l'intérieur ou à proximité d'une cavité corporelle, il faut donner à la personne soumise à la fouille l'occasion de retirer elle-même l'objet ou demander l'avis et l'aide d'un professionnel qualifié des services de santé pour faire en sorte que l'objet soit retiré en toute sécurité. En outre, lorsqu'une fouille est abusive en raison d'une dérogation

tion of his or her *Charter* rights. In this case, G's refusal to relinquish the evidence does not justify or mitigate the fact that he was strip searched in a public place, and in a manner that showed considerable disregard for his dignity and his physical integrity, despite the absence of reasonable and probable grounds or exigent circumstances.

Since the accused has already served his 14-month sentence in full, it is neither necessary nor useful for this Court to determine whether the evidence deriving from the illegal strip search should have been excluded at trial. It is preferable to rest our disposition on the premise that the courts below erred in finding the strip search of the accused reasonable in the circumstances and consistent with s. 8 of the *Charter* and consequently erred in allowing the impugned evidence to be admitted.

Per McLachlin C.J. and Gonthier and Bastarache JJ. (dissenting): The common law does not require police to prove that they had reasonable and probable grounds to justify a strip search. The existing common law rule that police demonstrate an objectively valid reason for the arrest rather than for the search is consistent with s. 8 of the *Charter*, provided that the strip search is for a valid objective and is not conducted in an abusive fashion. The common law requirements that the evidence sought be related to the reason for the arrest and that the search be conducted in a manner that is not abusive apply to protect accused persons from indiscriminate or unreasonable searches regardless of whether the search occurs at the station or in the field. The discovery of evidence should thus not be postponed to a time where the search can take place at a police station. Police officers are not always close to a station; they operate in remote areas and are often alone. The proposed rule that all strip searches proceed at a police station absent exigent circumstances should be left to Parliament.

The searches must be looked at individually and justified according to the circumstances applicable to each of them. The first search was perfectly justified as the reasonable and probable grounds for the arrest provided the authority to search for evidence related to the crime and the manner in which the search was conducted was not abusive. The second search did violate G's s. 8 rights as the police had actual knowledge that G was in possession of what was thought to be narcotics, providing a greater opportunity to ensure that the evidence would not be lost before reaching the station. In addition, G's refusal to give up the evidence meant that it could be seized at

à l'approche générale énoncée en l'espèce, nul n'est tenu de coopérer à la violation des droits de lui garantit la *Charte*. En l'espèce, le refus de G de lâcher la preuve ne justifie ni n'atténue le fait qu'il a été fouillé à nu dans un endroit public et dans l'irrespect flagrant de sa dignité et de son intégrité physique, malgré l'absence de motifs raisonnables ou d'une situation d'urgence.

Puisque l'accusé a déjà purgé en totalité sa peine de 14 mois, il n'est ni nécessaire ni utile que notre Cour détermine si la preuve découlant de la fouille à nu illégale aurait dû être écartée lors du procès. Il est préférable que nous fondions notre conclusion sur la prémisse que les juridictions inférieures ont commis une erreur en jugeant que la fouille à nu de l'accusé n'était pas abusive dans les circonstances et qu'elle était conforme à l'art. 8 de la *Charte*, d'où l'erreur qu'ils ont commise en permettant la production de la preuve attaquée.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier et Bastarache (dissidents): La common law n'oblige pas les policiers à prouver qu'ils avaient des motifs raisonnables pour justifier une fouille à nu. La règle de common law existante en vertu de laquelle les policiers sont tenus de démontrer l'existence d'une raison objectivement valide justifiant l'arrestation plutôt que la fouille est conforme à l'art. 8 de la *Charte*, pourvu que la fouille à nu vise un but valide et qu'elle ne soit pas effectuée de manière abusive. Les conditions de la common law exigeant que la preuve soit liée au motif de l'arrestation et que la fouille soit effectuée d'une manière non abusive concourent à protéger les accusés contre les fouilles systématiques ou abusives, peu importe que la fouille se déroule au poste de police ou sur les lieux. L'obtention d'éléments de preuve ne doit donc pas être reportée à un moment où la fouille peut être effectuée au poste de police. Les policiers ne se trouvent pas toujours à proximité d'un poste de police; ils couvrent des secteurs éloignés, souvent seuls. Il serait préférable de laisser au législateur le soin d'adopter la règle proposée, à savoir que toutes les fouilles à nu devraient être effectuées au poste de police, sauf dans des situations d'urgence.

Les fouilles doivent être examinées séparément et justifiées en tenant compte des circonstances applicables à chacune d'elles. La première fouille était parfaitement justifiée étant donné que les motifs raisonnables de procéder à l'arrestation habilitaient les policiers à effectuer la fouille à la recherche d'éléments de preuve liés à l'infraction et que la manière dont la fouille a été effectuée n'était pas abusive. La deuxième fouille a porté atteinte aux droits de G garantis par l'art. 8 étant donné que les policiers savaient pertinemment que G était en possession de ce qui semblait être des stupéfiants, ce qui leur permettait encore mieux d'éviter que les éléments

the scene only if the police conducted the strip search in less than private conditions and applied a degree of force which may not have been necessary had the search been conducted at the station. Given these circumstances, the police should have concluded that close custody and immediate transfer to the station were the appropriate means of pursuing the ends of justice. However, a s. 24(2) analysis shows that the administration of justice would not be brought into disrepute by admitting the object of the search.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Bastarache J.'s reasons were agreed with, subject to the following comment. One factor in assessing the reasonableness of a relatively intrusive search, such as the strip search carried out in this case, is the existence of reasonable and probable grounds to justify the search. While that factor was established in this case, the second search violated s. 8 of the *Charter* for the reasons given by Bastarache J.

Cases Cited

By Iacobucci and Arbour JJ.

Distinguished: *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; **referred to:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *Bessell v. Wilson* (1853), 17 J.P. 52; *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482; *Lindley v. Rutter*, [1980] 3 W.L.R. 660; *R. v. Naylor*, [1979] *Crim. L.R.* 532; *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260 (1973); *Illinois v. Lafayette*, 462 U.S. 640 (1983); *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966); *Giles v. Ackerman*, 746 F.2d 614 (1984); *State v. Audley*, 894 P.2d 1359 (1995); *Swain v. Spinney*, 117 F.3d 1 (1997); *Nurse v. Canada* (1997), 132 F.T.R. 131; *Blouin v. Canada* (1991), 51 F.T.R. 194; *Gottschalk v. Hutton* (1921), 36 C.C.C. 298; *R. v. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56; *Yakimishyn v. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179; *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97; *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343; *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Morrison* (1987), 35 C.C.C. (3d) 437; *R. v. Ferguson* (1990), 1 C.R. (4th) 53; *R. v. Flintoff* (1998), 16 C.R. (5th) 248; *R. v. Stott*, [1997] O.J. No. 5449 (QL); *R. v. K.D.S.* (1990), 65 Man. R. (2d) 301; *R. v. Miller*,

de preuve ne disparaissent avant l'arrivée au poste de police. De plus, le refus de G de remettre l'élément de preuve signifiait qu'il serait impossible de saisir cet élément sur les lieux sans que la police procède à la fouille à nu dans des conditions moins propices qu'en privé et qu'elle applique un degré de force qui n'aurait peut-être pas été nécessaire si la fouille s'était déroulée au poste de police. Vu ces circonstances, les policiers auraient dû conclure qu'une garde serrée et un transfert immédiat au poste constituaient les moyens appropriés pour réaliser les fins de la justice. Cependant, une analyse fondée sur le par. 24(2) démontre que l'utilisation de l'objet de la fouille n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) : Les motifs du juge Bastarache sont acceptés sous réserve du commentaire suivant. Pour déterminer si une fouille à nu relativement envahissante, comme celle effectuée en l'espèce, est abusive ou raisonnable, il faut tenir compte notamment de l'existence de motifs raisonnables justifiant la fouille. Bien que ce facteur ait été établi en l'espèce, la deuxième fouille contrevenait à l'art. 8 de la *Charte* pour les motifs exposés par le juge Bastarache.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Arbour

Distinction d'avec les arrêts : *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; **arrêts mentionnés :** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *Leigh c. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *Bessell c. Wilson* (1853), 17 J.P. 52; *Adair c. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482; *Lindley c. Rutter*, [1980] 3 W.L.R. 660; *R. c. Naylor*, [1979] *Crim. L.R.* 532; *United States c. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *Gustafson c. Florida*, 414 U.S. 260 (1973); *Illinois c. Lafayette*, 462 U.S. 640 (1983); *Schmerber c. California*, 384 U.S. 757 (1966); *Giles c. Ackerman*, 746 F.2d 614 (1984); *State c. Audley*, 894 P.2d 1359 (1995); *Swain c. Spinney*, 117 F.3d 1 (1997); *Nurse c. Canada* (1997), 132 F.T.R. 131; *Blouin c. Canada* (1991), 51 F.T.R. 194; *Gottschalk c. Hutton* (1921), 36 C.C.C. 298; *R. c. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56; *Yakimishyn c. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179; *R. c. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97; *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343; *Reynen c. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Morrison* (1987), 35 C.C.C. (3d) 437; *R. c. Ferguson* (1990), 1 C.R. (4th) 53; *R. c. Flintoff* (1998), 16 C.R. (5th) 248; *R. c. Stott*, [1997] O.J. No. 5449 (QL); *R. c. K.D.S.* (1990), 65

[1993] B.C.J. No. 1613 (QL); *R. v. King*, [1999] O.J. No. 565 (QL); *R. v. Kalin*, [1987] B.C.J. No. 2580 (QL); *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Pan*, [2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42; *R. v. Christopher*, [1994] O.J. No. 3120 (QL); *R. v. Toulouse*, [1994] O.J. No. 2746 (QL); *R. v. Coulter*, [2000] O.J. No. 3452 (QL); *R. v. Garcia-Guiterrez* (1991), 5 C.R. (4th) 1.

By Bastarache J. (dissenting)

R. v. Araujo, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Stillman, [1997] 1 S.C.R. 607.

Statutes and Regulations Cited

Cal. Penal Code § 4030 (West 2000).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24.
 Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers (Code of Practice C), Annex A.
 Colo. Rev. Stat. Ann. § 16-3-405 (West 1998).
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 15.
Crimes Act 1914 (Austl.), Part 1AA, c. 3C, s. 1 "strip search".
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 254(3), 487, 487.04 to 487.09.
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98.
Importation of Intoxicating Liquors Act, R.S.C. 1985, c. I-3, s. 7.
Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60.
Public Inquiries Act, R.S.O. 1990, c. P.41, s. 17.
 Wash. Rev. Code Ann. § 10.79.070(1) (West 1990).
Wildlife Act, R.S.B.C. 1996, c. 488, ss. 92 [am. 1999, c. 24, s. 21], 93(c).

Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston. *The Prison for*

Man. R. (2d) 301; *R. c. Miller*, [1993] B.C.J. No. 1613 (QL); *R. c. King*, [1999] O.J. No. 565 (QL); *R. c. Kalin*, [1987] B.C.J. No. 2580 (QL); *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Pan*, [2001] 2 R.C.S. 344, 2001 CSC 42; *R. c. Christopher*, [1994] O.J. No. 3120 (QL); *R. c. Toulouse*, [1994] O.J. No. 2746 (QL); *R. c. Coulter*, [2000] O.J. No. 3452 (QL); *R. c. Garcia-Guiterrez* (1991), 5 C.R. (4th) 1.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

R. c. Araujo, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *Hunter c. Souham Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *United States c. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51.

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

R. c. Stillman, [1997] 1 R.C.S. 607.

Lois et règlements cités

Cal. Penal Code § 4030 (West 2000).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254(3), 487, 487.04 à 487.09.
 Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers (Code of Practice C), Annexe A.
 Colo. Rev. Stat. Ann. § 16-3-405 (West 1998).
Crimes Act 1914 (Austr.), partie 1AA, ch. 3C, art. 1 « strip search ».
Loi sur l'importation des boissons enivrantes, L.R.C. 1985, ch. I-3, art. 7.
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 15.
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 98.
Loi sur les enquêtes publiques, L.R.O. 1990, ch. P.41, art. 17.
Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60.
 Wash. Rev. Code Ann. § 10.79.070(1) (West 1990).
Wildlife Act, R.S.B.C. 1996, ch. 488, art. 92 [mod. 1999, ch. 24, art. 21], 93(c).

Doctrine citée

Canada. Commission d'enquête sur certains événements survenus à la Prison des femmes de Kingston. *La*

- Women in Kingston*. Toronto: The Commission of Inquiry, 1996.
- Canada. Law Reform Commission of Canada. *Report on Recodifying Criminal Procedure*, vol. 1. Ottawa: The Commission, 1991.
- Canada. Law Reform Commission of Canada. Working Paper 30. *Police Powers — Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*. Ottawa: The Commission, 1983.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa: Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1996.
- Canada. Task Force on the Criminal Justice System and Its Impact on the Indian and Metis People of Alberta. *Justice on Trial: Report of the Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Metis People of Alberta*, vol. II. Edmonton: The Task Force, 1991.
- Cohen, Stanley A. "Search Incident to Arrest" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366.
- Cohen, Stanley A. "Search Incident to Arrest: How Broad an Exception to the Warrant Requirement?" (1988), 63 C.R. (3d) 182.
- Corpus Juris*, vol. V. New York: American Law Book, 1916.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 3, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996.
- Lyons, Jeffrey S. Toronto Police Services Board Review. *Search of Persons Policy — The Search of Persons — A Position Paper*, April 12, 1999.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.
- Newman, Dwight. "Stripping Matters to Their Core: Intrusive Searches of the Person in Canadian Law" (1999), 4 *Can. Crim. L.R.* 85.
- Ontario. Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System. *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System*. Toronto: The Commission, 1995.
- Shuldiner, Paul R. "Visual Rape: A Look at the Dubious Legality of Strip Searches" (1979), 13 *J. Marshall L. Rev.* 273.
- Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
- Toronto Police Service. *Policy & Procedure Manual: Search of Persons, Arrest & Release*, July 1999.
- Prison des femmes de Kingston*. Toronto : La Commission d'enquête, 1996.
- Canada. Commission de réforme du droit du Canada. *Rapport : Pour une nouvelle codification de la procédure pénale*, vol. 1. Ottawa : La Commission, 1991.
- Canada. Commission de réforme du droit du Canada. Document de travail 30. *Les pouvoirs de la police : Les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*. Ottawa : La Commission, 1983.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*. Ottawa : Commission royale sur les peuples autochtones, 1996.
- Canada. Task Force on the Criminal Justice System and Its Impact on the Indian and Metis People of Alberta. *Justice on Trial : Report of the Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Metis People of Alberta*, vol. II. Edmonton : The Task Force, 1991.
- Cohen, Stanley A. « Search Incident to Arrest » (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366.
- Cohen, Stanley A. « Search Incident to Arrest : How Broad an Exception to the Warrant Requirement? » (1988), 63 C.R. (3d) 182.
- Corpus Juris*, vol. V. New York : American Law Book, 1916.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 3, 3rd ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1996.
- Lyons, Jeffrey S. Toronto Police Services Board Review. *Search of Persons Policy — The Search of Persons — A Position Paper*, April 12, 1999.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg : Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.
- Newman, Dwight. « Stripping Matters to Their Core : Intrusive Searches of the Person in Canadian Law » (1999), 4 *Rev. can. D.P.* 85.
- Ontario. Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario. *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario*. Toronto : La Commission, 1995.
- Shuldiner, Paul R. « Visual Rape : A Look at the Dubious Legality of Strip Searches » (1979), 13 *J. Marshall L. Rev.* 273.
- Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
- Toronto Police Service. *Policy & Procedure Manual : Search of Persons, Arrest & Release*, July 1999.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1999] O.J. No. 5585 (QL), affirming the decision of the Ontario Court (General Division), [1998] O.J. No. 5963 (QL). Appeal allowed, McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting.

David M. Tanovich, for the appellant.

J. W. Leising and *Morris Pistyner*, for the respondent.

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

Kent Roach and *Kimberly R. Murray*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto.

David Migicovsky and *Lynda Bordeleau*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Donald McLeod and *Julian K. Roy*, for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

Frank Addario and *Jonathan Dawe*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The reasons of McLachlin C.J. and Gonthier and Bastarache JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) — This case is not about the determination of the scope of a free-standing right to privacy. It simply concerns the reasonability of a specific search executed without a warrant, in the context of a defence under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. While this Court recognizes that s. 8 protects an individual's reasonable expectation of privacy, it also recognizes that the expectation is one that must be balanced against the competing interest of law enforcement; see *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158. Following the adoption of the *Charter* and the articulation therein of the right to be secure against unreasonable search and seizure, this Court established a general presumptive requirement obligating law enforcement authorities to obtain

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1999] O.J. No. 5585 (QL), confirmant une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1998] O.J. No. 5963 (QL). Pourvoi accueilli, le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents.

David M. Tanovich, pour l'appelant.

J. W. Leising et *Morris Pistyner*, pour l'intimée.

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

Kent Roach et *Kimberly R. Murray*, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services of Toronto.

David Migicovsky et *Lynda Bordeleau*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Donald McLeod et *Julian K. Roy*, pour l'intervenante African Canadian Legal Clinic.

Frank Addario et *Jonathan Dawe*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — La présente affaire ne porte pas sur la délimitation d'un droit distinct au respect de la vie privée. Elle a simplement trait au caractère raisonnable d'une fouille particulière effectuée sans mandat, dans le contexte d'une défense fondée sur l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si notre Cour reconnaît que l'art. 8 protège l'attente raisonnable qu'une personne peut avoir en matière de vie privée, elle reconnaît aussi que cette attente doit être soupesée en fonction de l'intérêt concurrent qu'a l'État dans l'application de la loi; voir les arrêts *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158. À la suite de l'adoption de la *Charte* et de la constitutionnalisation dans celle-ci du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, notre Cour

a warrant before conducting a search; see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Nevertheless, several exceptions to the general presumption that prior authorization is required exist; see *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393. Among the exceptions recognized by this Court as constitutionally valid is the long-standing common law authority to search incident to arrest without prior authorization; see *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, and *Cloutier*, *supra*. The particular circumstances of this case do not require a new definition of this broad common law exception, but rather require a closer examination of the prerequisites for the reasonable exercise of this power when the nature of the search, in this case a strip search, affects more directly the privacy interests of the accused. The privacy interest is upheld not by removing or limiting the actual authority to search, but rather by ensuring the reasonableness of the search.

a établi une présomption générale selon laquelle les autorités chargées d'appliquer la loi doivent obtenir un mandat avant de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie; voir l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Il existe toutefois plusieurs exceptions à la présomption générale prescrivant l'obtention d'une autorisation préalable; voir l'arrêt *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393. Au nombre des exceptions dont la constitutionnalité a été reconnue par notre Cour figure le traditionnel pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation sans autorisation préalable; voir les arrêts *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, et *Cloutier*, précité. Les circonstances propres à l'espèce n'appellent pas une nouvelle définition de cette vaste exception de common law, mais invitent plutôt à un examen plus approfondi des conditions préalables à l'exercice raisonnable de ce pouvoir lorsque la nature de la fouille, en l'occurrence une fouille à nu, touche plus directement le droit à la vie privée de l'accusé. La protection du droit à la vie privée passe non pas par l'élimination ou la limitation du pouvoir même de procéder à une fouille, mais plutôt par le contrôle du caractère raisonnable de la fouille.

2

My colleagues Iacobucci and Arbour JJ. have provided the factual background and summarized the decisions at trial and on appeal. They have also given a thorough description of the historical development of the right to search incidental to an arrest. I need not return to this. I would however note that the law has not categorized personal searches according to the degree of intrusiveness of the search. The same requirements justifying the conduct of a search incident to arrest apply regardless of whether the accused is subjected to a "frisk", a fingerprinting, the taking of a bodily sample or a strip search. These requirements were summarized by my colleagues (at para. 75) and include that the search be carried out for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice, such as the discovery of a weapon or evidence, and that it not be conducted in an abusive fashion. In addition, the power to search incident to arrest is a discretionary one and need not be exercised where police are satisfied that the law can be

Mes collègues les juges Iacobucci et Arbour ont énoncé les faits et résumé les décisions des juridictions inférieures. Ils ont aussi donné une description détaillée de l'évolution historique du droit de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Il est inutile que j'y revienne. J'aimerais toutefois faire remarquer que la loi n'a pas catalogué les fouilles personnelles en fonction de leur caractère plus ou moins envahissant. Les exigences relatives à la justification d'une fouille accessoire à une arrestation sont les mêmes, peu importe que l'accusé soit soumis à une fouille sommaire, à la prise d'empreintes digitales, au prélèvement de substances corporelles ou à une fouille à nu. Ces exigences ont été résumées par mes collègues (au par. 75) et elles prévoient notamment que la fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, telle la découverte d'une arme ou d'éléments de preuve, et qu'elle ne doit pas être effectuée de façon abusive. De plus, le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est discrétionnaire et les policiers ne sont pas tenus

effectively and safely applied in its absence; see *Cloutier, supra*, at p. 186.

The unworkability of an approach that would create distinct categories of searches rests in the fact that all of the types of searches listed above may take many forms ranging from a low degree of intrusiveness to a high degree of intrusiveness, depending on the circumstances of the case. For example, on the facts of this case, the strip search of the accused which occurred in the stairwell was possibly not more intrusive than “pat-down” or frisk searches. By contrast, the search in the restaurant impacted more severely on the privacy and dignity of the accused. The standard of justification to which police will be held depends on the circumstances of the specific search in question, not upon the category into which it is placed.

An approach which would categorize searches according to the degree of intrusiveness also risks confusion. The taking of a hair or other easily obtainable bodily sample may seem no more intrusive than a full strip search. The taking of a hair sample in the absence of a warrant may nonetheless be found to violate s. 8 if police are not able to justify the search on the basis that it was for the purpose of discovering and preserving evidence or seizing weapons incident to arrest; see *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. By contrast, a strip search conducted in the absence of prior authorization may be lawful if it meets the common law requirements of a search incident to arrest even if the search was very intrusive.

In all cases, providing the arrest is lawful and the object of the search is related to the crime, the sole issue is the reasonability of the search. My colleagues assert that the fact that police have reasonable and probable grounds to carry out an arrest does not confer on them the authority to carry out a strip search, even where the strip search is related to the purpose of the arrest. They add an additional

de l'exercer dans les cas où ils sont convaincus que l'application de la loi peut s'effectuer d'une façon efficace et sécuritaire sans l'intervention d'une fouille; voir l'arrêt *Cloutier*, précité, p. 186.

L'impraticabilité d'une approche qui créerait des catégories distinctes de fouilles tient au fait que toutes les sortes de fouilles susmentionnées peuvent revêtir de nombreuses formes, très peu ou très envahissantes selon les circonstances de l'affaire. En l'espèce, par exemple, la fouille à nu à laquelle l'accusé a été soumis dans la cage d'escalier n'était peut-être pas plus envahissante qu'une fouille sommaire ou par palpation. Par contraste, la fouille effectuée dans le restaurant a porté davantage atteinte à la vie privée et à la dignité de l'accusé. La norme de justification applicable aux policiers dépend des circonstances propres à la fouille en question, et non de la catégorie à laquelle elle appartient.

Une approche qui classerait les fouilles selon leur caractère plus ou moins envahissant risque aussi de semer la confusion. Le prélèvement d'un échantillon de cheveux et de poils ou d'autres substances corporelles faciles à obtenir peut donner l'impression de ne pas être plus envahissant qu'une fouille à nu intégrale. Le prélèvement d'un échantillon de cheveux et de poils sans mandat peut néanmoins être qualifié de violation de l'art. 8 si la police est incapable de justifier la fouille en établissant qu'elle visait à recueillir et à préserver des éléments de preuve ou à saisir des armes accessoirement à l'arrestation; voir l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Par contraste, une fouille à nu effectuée sans autorisation préalable peut être légale si elle remplit les exigences de la common law en matière de fouilles accessoires à une arrestation, même si elle est très envahissante.

Dans tous les cas, pourvu que l'arrestation soit légale et que le but de la fouille soit lié à l'infraction, il ne reste à trancher que la question du caractère raisonnable de la fouille. Mes collègues affirment qu'il ne suffit pas que les policiers aient des motifs raisonnables de procéder à une arrestation pour être habilités à effectuer une fouille à nu, même lorsque la fouille à nu est liée au but de l'arrestation. Ils

3

4

5

requirement in the case of strip searches that the police must establish reasonable and probable grounds justifying the conduct of the strip search itself. By placing strip searches in a category distinct from other types of searches, my colleagues have bypassed this Court's decision in *Cloutier*, *supra*, at pp. 185-86, that the existence of reasonable and probable grounds is not a prerequisite to the existence of a police power to search. I agree with my colleagues that the more intrusive the search and the higher the degree of infringement of personal privacy, the higher the degree of justification; however, I disagree that the common law requires police to prove that they had reasonable and probable grounds to justify the strip search. Interpreting the common law in a manner consistent with *Charter* principles does not require the Court to redefine the common law right by adding this additional requirement. The existing common law rule that police demonstrate an objectively valid reason for the arrest rather than for the search is consistent with s. 8 of the *Charter*, provided that the strip search is for a valid objective and is not conducted in an abusive fashion.

ajoutent une exigence supplémentaire dans le cas des fouilles à nu, à savoir que les policiers doivent établir des motifs raisonnables justifiant la fouille à nu en soi. En classant les fouilles à nu dans une catégorie distincte des autres types de fouilles, mes collègues court-circuitent l'arrêt *Cloutier*, précité, p. 185-186, dans lequel notre Cour a statué « que la présence de motifs raisonnables et probables n'est pas un prérequis à l'existence du pouvoir de fouille par les policiers ». Je conviens avec mes collègues que plus les fouilles sont envahissantes et plus le degré d'atteinte à la vie privée est élevé, plus le degré de justification doit être élevé; je ne partage toutefois pas l'opinion selon laquelle la common law oblige les policiers à prouver qu'ils avaient des motifs raisonnables pour justifier la fouille à nu. Pour donner à la common law une interprétation judiciaire qui s'harmonise avec les principes de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de redéfinir le droit reconnu en common law en lui ajoutant cette exigence supplémentaire. La règle de common law existante en vertu de laquelle les policiers sont tenus de démontrer l'existence d'une raison objectivement valide justifiant l'arrestation plutôt que la fouille est conforme à l'art. 8 de la *Charte*, pourvu que la fouille à nu vise un but valide et qu'elle ne soit pas effectuée de manière abusive.

6

The common law right to search incidental to an arrest is justified in part by the need to discover and preserve evidence. The courts have long acknowledged that the effectiveness and the legitimacy of the law enforcement system depends on the ability of police to find and preserve relevant evidence which may assist in the investigation and prosecution of the accused: see *Cloutier*, *supra*; *R. v. Lim* (No. 2) (1990), 1 C.R.R. (2d) 136 (Ont. H.C.J.); *Beare*, *supra*. My colleagues would severely limit the availability of this justification for strip searches by requiring police officers to conduct all strip searches at the police station. I do not agree that the discovery of evidence should be postponed to a time where the search can take place at a police station. The common law requirements that the evidence sought be related to the reason for the arrest and that the search be conducted in a manner that is not abusive apply to protect accused persons from indiscriminate or unreasonable searches regardless

Le droit de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est justifié en partie par la nécessité de recueillir et de préserver des éléments de preuve. Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que l'efficacité et la légitimité du système d'application de la loi dépendent de la capacité des agents de police de recueillir et de préserver les éléments de preuve pertinents susceptibles de servir au déroulement de l'enquête et de la poursuite visant l'accusé : voir les arrêts *Cloutier*, précité; *R. c. Lim* (No. 2) (1990), 1 C.R.R. (2d) 136 (H.C.J. Ont.); *Beare*, précité. Mes collègues limiteraient grandement la possibilité de recourir à cette justification pour les fouilles à nu en obligeant les agents de police à effectuer toutes les fouilles à nu au poste de police. Je ne crois pas qu'on doive reporter l'obtention d'éléments de preuve à un moment où la fouille peut être effectuée au poste de police. Les conditions de la common law exigeant que la preuve soit liée au motif de l'arrestation et

of whether the search occurs at the station or in the field.

The fear that evidence may be destroyed or lost before arriving at the police station is genuine. The common law rules must have regard to the realities of the situation. Police officers are not always close to a station. They operate in remote areas and are often alone. In my view, the argument that the risk of the detainee getting rid of the evidence is minimal is as unrealistic as the belief that an accused can never escape during his transfer to the police station or that a detainee can never escape from a prison. Also unrealistic is the assumption that evidence dropped or left behind by an accused could “easily” be linked circumstantially back to the accused.

My colleagues refer to the English legislation, the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, as authority for the requirement that searches be conducted in police stations. Although foreign legislation can be useful as a source of criteria to determine the reasonableness of a search, I think it is clearly excessive to adopt foreign legislation to reinvent the common law rule in Canada. This is particularly inopportune given that the foreign legislation referred to by my colleagues was specifically adopted to supersede the common law. In my view, the proposed rule that all strip searches proceed at a police station absent exigent circumstances should be left to Parliament.

Furthermore, by stating that exigent circumstances will only exist where there is a demonstrated necessity and urgency to search for weapons or objects that could be used to threaten safety, my colleagues have in fact abolished the right to search for evidence upon arrest. In doing so, they have drawn an unprecedented and unworkable distinc-

que la fouille soit effectuée d’une manière non abusive concourent à protéger les accusés contre les fouilles systématiques ou abusives, peu importe que la fouille se déroule au poste de police ou sur les lieux.

La crainte que des éléments de preuve soient détruits ou perdus avant l’arrivée au poste de police est authentique. Les règles de common law doivent tenir compte de la réalité concrète de chaque situation. Les policiers ne se trouvent pas toujours à proximité d’un poste de police. Ils couvrent des secteurs éloignés, souvent seuls. À mon avis, il est aussi irréaliste de prétendre que le risque que le détenu se débarrasse des éléments de preuve est minime que de croire qu’un accusé ne pourra jamais s’enfuir au cours de son trajet vers le poste de police, ou qu’un détenu ne pourra jamais s’évader de prison. Il est également irréaliste de supposer qu’il serait « facile » d’établir le lien entre l’accusé et un élément de preuve qu’il aura laissé tomber ou abandonné.

Mes collègues se fondent sur la législation britannique, soit à la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60, pour exiger que les fouilles se déroulent au poste de police. Même s’il peut être utile de se reporter aux dispositions législatives étrangères comme source des critères de détermination du caractère raisonnable d’une fouille, je pense qu’il est clairement excessif d’adopter une loi étrangère pour réinventer la règle de common law au Canada. Cela est d’autant plus contre-indiqué que la loi étrangère invoquée par mes collègues a expressément été adoptée afin de remplacer la common law. Selon moi, il serait préférable de laisser au législateur le soin d’adopter la règle proposée, à savoir que toutes les fouilles à nu devraient être effectuées au poste de police, sauf dans des situations d’urgence.

De plus, en précisant que les situations d’urgence ne peuvent se produire que lorsque sont établies la nécessité et l’urgence de trouver des armes ou des objets susceptibles de menacer la sécurité, mes collègues ont en fait aboli le droit de procéder à des fouilles à la recherche d’éléments de preuve au moment de l’arrestation. Ce faisant, ils ont

7

8

9

tion between the objective of discovering and preserving evidence and the objective of searching for weapons; objectives which they recognized in their reasons as the “twin rationales for the common law power of search incident to arrest” (para. 95). There is no demonstrated need for such a radical change to the common law power. My colleagues come to the conclusion that the trial judge erred in determining that the search was reasonable in all of the circumstances principally on the basis that there were no exigent circumstances to justify a search outside the police station. I disagree with their conclusion on the basis that the police are under no obligation to defer the search.

10

With regard to the manner in which the search was conducted, I would agree with the Crown that the three searches must be looked at individually and justified according to the circumstances applicable to each of them. In my view, the first search was perfectly justified. As provided for in *Cloutier*, *supra*, the reasonable and probable grounds for the arrest provided the authority to search for evidence related to the crime. The arresting officers had reasonable cause to believe the accused was hiding evidence. Information that the accused had been observed passing a white powdery substance to other persons and receiving cash in return was passed onto the arresting officers by the surveillance team, giving rise to a suspicion that the accused would have crack cocaine on his person. In addition, as the arresting officer approached the accused, he observed the accused crushing something between his fingers that left a white residue. During the course of the arrest, the police found what looked to be cocaine under the table where one of the suspects was arrested.

11

The manner in which the first search was conducted was not abusive. The search was minimally intrusive on the accused’s privacy. It was conducted

établi une distinction inédite et impraticable entre l’objectif de recueillir et de préserver des éléments de preuve, d’une part, et l’objectif de trouver des armes, d’autre part, alors que, dans leurs motifs, ils ont qualifié ces mêmes objectifs de « double fondement du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation » (par. 95). La nécessité de procéder à une modification aussi radicale de ce pouvoir de common law n’a pas été démontrée. En se fondant principalement sur le fait qu’il n’y avait aucune situation d’urgence justifiant que la fouille soit effectuée à l’extérieur du poste de police, mes collègues sont arrivés à la conclusion que le juge du procès a commis une erreur en statuant que la fouille était raisonnable eu égard à toutes les circonstances. Je ne suis pas d’accord avec leur conclusion étant donné que les agents de police ne sont aucunement tenus de reporter la fouille.

En ce qui a trait à la manière dont la fouille a été effectuée, je partage l’avis du ministère public que les trois fouilles doivent être examinées séparément et justifiées en tenant compte des circonstances applicables à chacune d’elles. À mon avis, la première fouille était parfaitement justifiée. Ainsi qu’il a été énoncé dans l’arrêt *Cloutier*, précité, les motifs raisonnables de procéder à l’arrestation habilitaient aussi les policiers à effectuer la fouille à la recherche d’éléments de preuve liés à l’infraction. Les agents qui ont procédé à l’arrestation avaient des motifs raisonnables de croire que l’accusé cachait des éléments de preuve. L’équipe de surveillance leur avait transmis des renseignements portant que l’accusé avait été vu en train de remettre une substance ayant l’apparence d’une poudre blanche à d’autres personnes en échange d’argent, ce qui les a amenés à soupçonner l’accusé d’avoir du crack sur lui. De plus, lorsqu’il s’est approché de l’accusé, l’agent qui a procédé à l’arrestation a vu l’appelant écraser entre ses doigts quelque chose qui a laissé un résidu blanc. Au cours de l’arrestation, la police a trouvé ce qui semblait être de la cocaïne sous la table à laquelle l’un des suspects a été arrêté.

La manière dont la première fouille a été effectuée n’était pas abusive. Cette fouille a porté une atteinte minimale à la vie privée de l’accusé. Elle a

in a private place and by one officer of the same gender as the accused. The officer did not remove the accused's clothing but only pulled back his underwear in order to visually inspect his buttocks. The officer used minimal force until the accused hip-checked and scratched him, at which point the officer responded with force only to regain control of the situation.

With regard to the second search, I would dispute in particular the obligation that my colleagues put on the arresting officer to obtain the authorization of a senior officer at para. 113. I find no authority for such a requirement and see no value in submitting the evaluation of the situation to a person who is not present nor independent of the police. Furthermore, similar to the obligation that police conduct searches only at the station, the imposition of this requirement negates the purpose of the common law power by imposing an additional barrier to the ability of the police to immediately seize evidence or weapons. The case law has always recognized that the search power is applicable to the arresting officer, the very person who is in the position to act with the immediacy justified by the exception. Given the problems inherent in the requirement for prior authorization, the preferred approach to protecting the rights of the accused is to hold police to a higher degree of justification when a highly intrusive search has been conducted; see S. A. Cohen, "Search Incident to Arrest" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366.

In finding the manner of the search unreasonable, my colleagues emphasized not only the "unilateral" decision of the officers, but also the danger to the health and safety of the accused and the failure of the police to give the accused the opportunity to remove his own clothing. In my view, too much was made of the issue of the appellant's health and safety, which is but one factor to be considered in the context of the reasonableness analysis. While it may have been preferable to conduct the search in

été effectuée dans un endroit privé, par un agent du même sexe que l'accusé. L'agent n'a pas enlevé les vêtements de l'accusé, mais il a seulement tiré son sous-vêtement vers l'arrière afin de procéder à une inspection visuelle des fesses de l'accusé. L'agent a recouru à la force minimale avant que l'accusé lui donne un coup de hanche et le griffe, après quoi il n'a réagi par la force que pour reprendre la maîtrise de la situation.

En ce qui a trait à la deuxième fouille, je contesterais plus particulièrement l'obligation que mes collègues imposent à l'agent procédant à l'arrestation d'obtenir l'autorisation d'un supérieur au par. 113. Je ne trouve aucune source qui vienne appuyer une telle exigence ni ne vois l'intérêt qu'il y aurait à soumettre l'appréciation de la situation à une personne qui n'est pas présente ni indépendante de la police. De plus, à l'instar de l'obligation faite aux agents de ne procéder aux fouilles qu'au poste de police, l'imposition de cette exigence fait échec à l'objet même du pouvoir de common law en imposant une entrave supplémentaire à la capacité de la police de saisir immédiatement des éléments de preuve ou des armes. La jurisprudence reconnaît depuis toujours que le pouvoir de procéder à des fouilles appartient à l'agent procédant à l'arrestation, c'est-à-dire la personne même qui est en position d'agir de façon aussi immédiate que le commande cette exception. Étant donné les problèmes inhérents à l'exigence d'obtenir une autorisation préalable, la démarche à privilégier pour assurer la protection des droits de l'accusé consiste à assujettir les agents de police à un degré de justification plus élevé lorsqu'ils procèdent à une fouille très envahissante; voir S. A. Cohen, « Search Incident to Arrest » (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366.

En concluant que la manière dont la fouille a été effectuée était abusive, mes collègues ont souligné non seulement la décision « unilatérale » des agents, mais également le danger pour la santé et la sécurité de l'accusé et le fait que les agents n'ont pas donné à ce dernier la possibilité de retirer lui-même ses vêtements. À mon avis, ils ont fait trop grand cas de la question de la santé et de la sécurité de l'appelant, qui ne constitue qu'un facteur parmi d'autres à prendre en considération dans le con-

12

13

more sanitary conditions, the appellant adduced no evidence of any health risk or health effect resulting from the use of the gloves. In circumstances such as this, I believe that regard must be had to the need for a police officer at the time of arrest to make instantaneous decisions without having the luxury of reflection; see *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973).

texte de l'analyse du caractère raisonnable. Bien qu'il eût été préférable de procéder à la fouille dans des conditions plus hygiéniques, l'appellant n'a présenté aucune preuve quant au risque ou aux effets qu'aurait entraînés l'utilisation des gants concernant sa santé. En pareilles circonstances, je crois qu'il faut prendre en considération le fait que, lors de l'arrestation, l'agent de police doit prendre des décisions instantanément, sans pouvoir s'offrir le luxe d'une longue réflexion; voir l'arrêt *United States c. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973).

14 I also disagree with my colleagues' insistence that police must always give the accused an opportunity to remove his own clothing. In this case, the officer might have given the accused the opportunity to undo his pants during the search in the stairwell, but his failure to make such a request by no means rendered the search unreasonable. With respect to the second search in the restaurant, regard must be had to the fact that the accused struggled with the officers such that they required another officer to assist them. In circumstances where the accused resists arrest or acts violently toward police, it seems unlikely that the accused will comply with a request to remove his or her own clothing. I strongly disagree with an approach which would turn this factor or any of the other factors into hard and fast requirements that must be met each and every time a strip search is conducted, without regard to the particular circumstances of the case.

Je suis aussi en désaccord avec l'insistance que mettent mes collègues à exiger que la police donne toujours à l'accusé l'occasion de se dévêtir lui-même. En l'espèce, l'agent aurait pu donner à l'accusé l'occasion de dégrafer son pantalon pendant la fouille dans la cage d'escalier, mais le fait de ne pas lui avoir offert cette possibilité n'a en rien rendu la fouille abusive. En ce qui a trait à la deuxième fouille dans le restaurant, il faut tenir compte du fait que l'accusé s'est débattu contre les agents de police, à tel point qu'ils ont dû demander l'assistance d'un autre agent. Dans des circonstances où l'accusé résiste à son arrestation ou s'en prend de façon violente à la police, il semble peu probable qu'il accède à la demande de se dévêtir lui-même. Je m'oppose fortement à une approche qui transformerait ce facteur ou un autre facteur en des exigences inflexibles auxquelles il faut absolument satisfaire chaque fois qu'une fouille à nu est effectuée, sans égard aux circonstances particulières de l'espèce.

15 On the other hand, my colleagues give practically no importance to the lack of cooperation and resistance of the accused, stating at para. 116 that there is "no requirement [to] cooperate with the violation [of one's rights]". I disagree with my colleagues that resistance to a lawful arrest is justified as a refusal to cooperate with a violation of s. 8. In my opinion, resistance to arrest can be met with the minimal force necessary. It is also an important consideration in determining the breach of the accused's privacy interests. All persons must be treated with dignity and respect, but the expectation of privacy of the accused in the circumstances

Par ailleurs, mes collègues n'accordent pratiquement aucune importance à l'absence de collaboration et à la résistance de l'accusé, précisant, au par. 116, que « nul n'est tenu de coopérer à la violation [de ses] droits ». Je ne partage pas l'avis de mes collègues que la résistance à une arrestation légale est justifiée à titre de refus de coopérer à une violation de l'art. 8. À mon avis, lorsqu'une personne résiste à son arrestation, on peut lui opposer la force minimale nécessaire. Il s'agit aussi d'une considération importante dans l'appréciation de l'atteinte portée au droit à la vie privée de l'accusé. Toute personne doit être traitée avec dignité et respect,

of this case must be measured in light of his conduct.

Despite my disagreement with the emphasis my colleagues have placed on certain aspects of the second search, I agree that the second search did violate the accused's s. 8 rights. In this case, the police had actual knowledge that the accused was in possession of what was thought to be narcotics, providing a greater opportunity to ensure that the evidence would not be lost before reaching the station. In addition, the accused's refusal to give up the evidence meant that it could be seized at the scene only if the police conducted the strip search in less than private conditions and applied a degree of force which may not have been necessary had the search been conducted at the station. Given these circumstances, the police should have concluded that close custody and immediate transfer to the station were the appropriate means of pursuing the ends of justice.

Having found a breach of s. 8, it is necessary to conduct a s. 24(2) analysis to determine whether the evidence obtained contrary to s. 8 should have been excluded at trial. As my colleagues point out, this is a theoretical exercise in this case since the appellant has already served his sentence. I will not proceed to a detailed analysis, in these circumstances, but find that the administration of justice would not be brought into disrepute by admitting the object of the search.

In deciding this issue, the Court must consider whether the admission of evidence would render the appellant's trial unfair, whether the violation was serious and whether the exclusion would have a more serious impact on the repute of the administration of justice than admitting it; see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. In this case, the appellant concedes that the admission of the evidence would not jeopardize the fairness of the trial. The evidence

mais l'attente de l'accusé en matière de vie privée dans les circonstances de l'espèce doit être appréciée à la lumière de son comportement.

En dépit de mon désaccord avec mes collègues quant à l'accent qu'ils ont mis sur certains aspects de la deuxième fouille, je conviens avec eux que la deuxième fouille a porté atteinte aux droits de l'accusé garantis par l'art. 8. En l'espèce, les agents de police savaient pertinemment que l'accusé était en possession de ce qui semblait être des stupéfiants, ce qui leur permettait encore mieux d'éviter que les éléments de preuve ne disparaissent avant l'arrivée au poste de police. De plus, le refus de l'accusé de remettre l'élément de preuve signifiait qu'il serait impossible de saisir cet élément sur les lieux sans que la police procède à la fouille à nu dans des conditions moins propices qu'en privé et qu'elle applique un degré de force qui n'aurait peut-être pas été nécessaire si la fouille s'était déroulée au poste de police. Vu ces circonstances, les agents de police auraient dû conclure qu'une garde serrée et un transfert immédiat au poste constituaient les moyens appropriés pour réaliser les fins de la justice.

Puisqu'il y a eu manquement à l'art. 8, il est nécessaire de procéder à une analyse en vertu du par. 24(2) afin de déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation de l'art. 8 auraient dû être écartés au procès. Comme le soulignent mes collègues, il s'agit d'un exercice purement théorique dans le cas qui nous occupe puisque l'appellant a déjà purgé sa peine. Je ne m'engagerai donc pas dans une analyse détaillée, compte tenu des circonstances, mais je conclus que l'utilisation de l'objet de la fouille n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Pour trancher cette question, notre Cour doit se demander si l'admission des éléments de preuve rendrait le procès de l'appellant inéquitable, si l'atteinte était grave et si l'exclusion des éléments de preuve déconsidérerait plus l'administration de la justice que ne le ferait leur utilisation; voir l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. L'appellant concède que l'admission de la preuve ne menacerait pas le caractère équitable du procès. La preuve relative

16

17

18

of the narcotics was not conscriptive of the accused and was otherwise discoverable.

19 Regarding the seriousness of the violation, this Court has considered the obtrusiveness of the search, the individual's expectation of privacy in the area searched, the existence of reasonable and probable grounds and the good faith of the police; see *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 34. The search was quite intrusive due to the exposure of the accused's buttocks and genitalia and the attempt by police to retrieve the evidence. In addition, the accused had a reasonably high expectation of privacy with respect to the physical area of his body that was searched. The actions of the accused nonetheless led to a diminished expectation of privacy. Had the accused cooperated with police during the first search and permitted them to retrieve the evidence, the second more intrusive search would not have been necessary. In addition, the circumstances of the arrest provided the police with reasonable grounds to believe that the evidence would be found on the accused, a conclusion supported by the factual findings of the trial judge. Finally, there is no evidence to suggest that the officers acted out of bad faith or that they were plainly aware that they were violating the accused's s. 8 rights.

20 The question of whether the exclusion of the evidence would have a more serious impact on the repute of the administration of justice than its admission must be answered in the affirmative. Drug trafficking is recognized as a serious crime. Although we do not have the benefit of conclusion of the trial judge on this issue, it is reasonable to assume that the use of this evidence at trial played an important role in linking the accused to the commission of the crime.

21 For the above reasons, I would dismiss the appeal.

aux stupéfiants n'a pas été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et elle aurait pu être découverte par d'autres moyens.

En ce qui a trait à la gravité de l'atteinte, notre Cour a pris en considération le caractère envahissant de la fouille, les attentes en matière de vie privée de la personne visée à l'endroit où la fouille a eu lieu, l'existence de motifs raisonnables et probables et la bonne foi de la police; voir l'arrêt *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 34. La fouille était assez envahissante en raison de l'exposition des fesses et des parties génitales de l'accusé et de la tentative de la police de récupérer l'élément de preuve. L'accusé avait en outre une attente raisonnablement élevée de respect de la vie privée en ce qui a trait à la partie de son corps qui a été soumise à la fouille. Les actes de l'accusé ont toutefois réduit cette attente. Si l'accusé avait collaboré avec les agents de police au cours de la première fouille et leur avait permis de retirer la preuve, il n'aurait pas été nécessaire de procéder à la deuxième fouille, plus envahissante. De plus, les circonstances de l'arrestation ont donné à la police des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve pouvaient se trouver sur l'accusé, hypothèse que sont venues confirmer les conclusions de fait du juge du procès. Enfin, aucune preuve ne laisse croire que les agents de police ont agi de mauvaise foi ou qu'ils avaient clairement conscience de porter atteinte aux droits de l'accusé garantis par l'art. 8.

Il faut répondre par l'affirmative à la question de savoir si l'exclusion de la preuve aurait plus déconsidéré l'administration de la justice que son utilisation. Le trafic de stupéfiants est reconnu comme un crime grave. Même si nous ne disposons pas de la conclusion du juge du procès sur ce point, nous pouvons raisonnablement présumer que l'utilisation de cette preuve lors du procès a joué un rôle important dans l'établissement du lien entre l'accusé et la perpétration de l'infraction.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I concur with Bastarache J., except I wish to reiterate the view I expressed in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 167, that one factor in assessing the reasonableness of a relatively intrusive search, such as the strip search carried out in this case, is the existence of reasonable and probable grounds to justify the search. In my view, that factor was established in this case; nonetheless, I agree the second search violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for the reasons articulated by Bastarache J.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. —

I. Introduction

The constitutional right to privacy requires that unjustified searches by the state be prevented. Accordingly, our Court has held that prior authorization, where feasible, is a precondition for a valid search and seizure (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145). At the same time, the power to search “incident to arrest” has developed as a long-standing exception to this customary rule. As a concept that has evolved at common law, the search incident to arrest power has been framed by nebulous parameters.

This Court has, however, taken important steps toward defining the nature and scope of this power within Canadian law. As a result, it has been established that this search power may include the authority to fingerprint or conduct a “frisk” search of an arrested individual (see respectively *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, and *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158). It may also authorize the search of a motor vehicle driven by an arrested person (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51). On the other hand, it does not entitle law enforcement authorities to conduct more invasive searches

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Je souscris à l'opinion du juge Bastarache, sauf que je tiens à réitérer le point de vue que j'ai exprimé dans l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 167, soit que, pour déterminer si une fouille à nu relativement envahissante, comme celle effectuée en l'espèce, est abusive ou raisonnable, il faut tenir compte notamment de l'existence de motifs raisonnables justifiant la fouille. Selon moi, ce facteur a été établi en l'espèce; je suis toutefois d'accord pour dire que la deuxième fouille contrevenait à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour les motifs exposés par le juge Bastarache.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR —

I. Introduction

Le droit constitutionnel au respect de la vie privée commande la prévention des fouilles injustifiées de la part de l'État. Notre Cour a donc statué que l'obtention d'une autorisation préalable, lorsqu'elle est possible, est une condition préalable à la validité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145). Le pouvoir de procéder à une fouille « accessoire à une arrestation » constitue par ailleurs depuis longtemps une exception à cette règle coutumière. La notion de fouille accessoire à une arrestation ayant évolué dans le contexte de la common law, ses paramètres sont nébuleux.

Notre Cour a toutefois fait d'importants efforts pour mieux définir la nature et la portée de ce pouvoir en droit canadien. Il a ainsi été établi que ce pouvoir de procéder à des fouilles peut comprendre celui de relever les empreintes digitales d'une personne arrêtée ou de la fouiller sommairement (voir respectivement *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, et *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158). Il peut aussi autoriser la fouille d'un véhicule automobile conduit par une personne arrêtée (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51). En revanche, il ne permet pas aux autorités chargées d'appliquer la loi de procé-

22

23

24

of the person, with a view to obtaining bodily samples as evidence (*R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607).

25 Whether the search incident to arrest power is broad enough to encompass the authority to strip search an arrested individual is the question before us, and is one that has never been put directly in issue before this Court. In addition, an issue arises as to whether the common law, if it includes the power to strip search as incidental to an arrest, is reasonable. Finally, the Court must address whether the strip search conducted in the instant case was carried out in a reasonable manner.

26 For the reasons that follow, we are of the opinion that the common law search incident to arrest power does include the power to strip search. At the same time, this power is subject to limitations, which are discussed below. The prerequisites for and considerations surrounding the conduct of a valid strip search seek to balance the competing interests of valid law enforcement goals on the one hand, and individual privacy rights on the other. Given the proportionality created by these criteria, we conclude that the common law is reasonable. However, in the present case, the strip search of the appellant did not meet the requirements for a valid strip search incident to arrest. This being so, we find that the strip search to which the appellant was subject was unreasonable, and violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, in all of the circumstances, we would allow the appeal.

II. Factual Background

27 On January 18, 1997, in an effort to detect illegal drug activity in an area where trafficking was known to occur, officers from the Metropolitan Toronto Police Force set up an observation post in an unoccupied building across from a Subway sandwich shop that was approximately 70 feet away. From this vantage point and through the

der à des fouilles personnelles plus envahissantes en vue d'obtenir des échantillons de substances corporelles comme éléments de preuve (*R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607).

La première question dont nous sommes saisis est celle de savoir si le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est assez vaste pour englober le pouvoir de soumettre une personne arrêtée à une fouille à nu; c'est une question qui n'a jamais été soumise directement à notre Cour. S'y ajoutent les questions de savoir si la common law, dans l'hypothèse où elle comprend le pouvoir de procéder à une fouille à nu accessoire à une arrestation, est raisonnable et, enfin, si la fouille à nu effectuée en l'espèce a été effectuée de manière raisonnable.

Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation englobe le pouvoir de procéder à une fouille à nu. Ce pouvoir est toutefois assujéti à des limites qui seront examinées plus loin. Les conditions préalables et les considérations de principe relatives à une fouille à nu valide visent à établir un équilibre entre les intérêts opposés que constituent, d'une part, des objectifs valides d'application de la loi et, d'autre part, le droit de chacun au respect de la vie privée. Étant donné la proportionnalité créée par ces critères, nous concluons que la common law est raisonnable. Néanmoins, en l'espèce, la fouille à nu de l'appellant n'a pas satisfait aux conditions de validité d'une fouille à nu accessoire à une arrestation. Nous concluons donc que la fouille à nu à laquelle l'appellant a été soumis était abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Les faits

Le 18 janvier 1997, voulant mettre au jour des activités de trafic de stupéfiants dans un secteur actif connu, des agents de la Police de la communauté urbaine de Toronto ont établi un poste d'observation dans un édifice inoccupé situé en face d'une sandwicherie Subway, à une distance d'environ 70 pieds. De ce point d'observation, à

use of a telescope, one of the officers manning the observation post, Constable Theriault, observed the appellant, a black male, who was in the shop. Constable Theriault testified that he had a clear view into the shop and saw two transactions in which persons entered the shop and received a substance from the appellant. The officer testified that he saw the appellant take the substance from the palm of his hand with his thumb and forefinger, and that the substance was white. He further testified that, given the place where this transaction occurred, the manner in which it took place, and the colour of the substance, he believed the substance was cocaine.

After the second transaction, Constable Theriault communicated with the five other police officers involved in the operation who were not stationed at the observation post: the “take-down” members of the team. He gave them descriptions of the persons involved, including the appellant. Given what he had witnessed, Constable Theriault believed the appellant was trafficking in drugs, and he instructed the take-down officers to arrest the appellant.

When the take-down occurred, the officers entered the shop and arrested the appellant for trafficking in cocaine. Two other individuals in the shop were also arrested. During the arrests, the police found what they believed to be crack cocaine under the table where one of the suspects was arrested. Constable Ryan, one of the two officers who first entered the shop and the officer who arrested the appellant, also observed the appellant crushing what appeared to be crack cocaine between his fingers.

Following the arrests, Constable Ryan conducted a “pat down” search of the appellant and looked in his pockets. He did not find any weapons or narcotics. This officer then decided to conduct a visual inspection of the appellant’s underwear and buttocks. Constable Ryan obtained from the shop’s employee the key to a door leading to the basement where public washrooms were located. On the landing at the top of the stairwell, Constable Ryan

l’aide d’un télescope, l’un des agents affectés à ce poste, l’agent Theriault, a observé l’appelant, un Noir, qui se trouvait dans le restaurant. Selon son témoignage, l’agent Theriault avait une vue nette de l’intérieur de l’établissement et a observé deux opérations au cours desquelles des personnes sont entrées dans le restaurant et ont reçu une substance de l’appelant. L’agent a déclaré avoir vu l’appelant prendre la substance entre le pouce et l’index dans la paume de sa main et observé que cette substance était blanche. Il a en outre déclaré que, compte tenu de l’endroit où l’opération a eu lieu, de la façon dont elle s’est déroulée et de la couleur de la substance, il croyait qu’il s’agissait de cocaïne.

Après la deuxième opération, l’agent Theriault a communiqué avec les cinq autres agents de police affectés à la mission qui ne se trouvaient pas au poste d’observation : les membres de l’équipe chargée d’effectuer la « descente ». Il leur a donné la description des personnes impliquées, l’appelant compris. À partir de ce qu’il avait vu, l’agent Theriault était convaincu que l’appelant faisait le trafic de stupéfiants et il a donné aux agents chargés d’effectuer la descente l’ordre de procéder à son arrestation.

Au cours de cette opération policière, les agents sont entrés dans le restaurant et ont arrêté l’appelant pour trafic de cocaïne. Deux autres personnes qui se trouvaient également dans le restaurant ont aussi été arrêtées. Au cours des arrestations, les policiers ont trouvé ce qui leur a semblé être du crack sous la table où l’un des suspects a été arrêté. L’agent Ryan, l’un des deux premiers agents à entrer dans le restaurant et celui qui a arrêté l’appelant, a aussi vu l’appelant écraser entre ses doigts ce qui semblait être du crack.

À la suite des arrestations, l’agent Ryan a procédé à une fouille sommaire de l’appelant et lui a fouillé les poches. Il n’a trouvé ni armes ni stupéfiants. Cet agent a alors décidé de procéder à une inspection visuelle du sous-vêtement et des fesses de l’appelant. L’agent Ryan a obtenu de l’employé du restaurant la clé de la porte conduisant au sous-sol, où se trouvaient les toilettes publiques. Sur le palier supérieur de l’escalier, l’agent Ryan a dégrafé

28

29

30

undid Mr. Golden's pants and pulled back the appellant's pants and long underwear. Looking inside the appellant's underwear, he saw a clear plastic wrap protruding from between the appellant's buttocks, as well as a white substance within the wrap. Constable Ryan testified that when he tried to retrieve the plastic wrap, the appellant "hip-checked" and scratched him, so that he lost his balance and almost fell down the flight of 14 stairs. Constable Ryan subsequently pushed the appellant into the stairwell, face-first.

31 Concerned that the landing was not a safe place to continue the search, Constables Ryan and Powell escorted the appellant to a seating booth at the back of the shop. Patrons remaining inside were asked to leave, and the front door was locked. However, the two other arrested suspects, five officers, and the shop's employee remained inside.

32 The officers forced the appellant to bend over a table. At this point, the appellant's pants were lowered to his knees and his underwear was pulled down. His buttocks and genitalia thus were completely exposed. According to the evidence, the partitions between the booths in the shop were high enough to block the view from the outside of the part of the shop where the search was conducted. The employee of the shop testified that passersby would not have been able to see what was taking place inside, but someone, "[i]f . . . look[ing] carefully by the side of the window", would have been able to see the appellant's leg.

33 Inside the shop, the officers tried to seize the package from the appellant's buttocks, but were unsuccessful, given that the appellant continued to clench his muscles very tightly. Following these attempts, the appellant accidentally defecated. The package, however, did not dislodge. Constable Powell then retrieved a pair of rubber dishwashing gloves from the shop's employee, put them on and again tried to remove the package. According to the testimony of the shop's employee, these gloves were used for cleaning the shop's washrooms and toilets. By this point, the appellant was face-down on the floor, with Constable Ryan holding down his

le pantalon de M. Golden, puis a tiré son pantalon et son caleçon long vers l'arrière. En regardant à l'intérieur du caleçon, il a vu un emballage de plastique transparent qui dépassait des fesses de l'appelant et une substance blanche à l'intérieur de cet emballage. L'agent Ryan a témoigné qu'au moment où il a tenté de retirer le sachet, l'appelant lui a donné un coup de hanche et l'a griffé, de sorte qu'il a perdu l'équilibre et qu'il a failli tomber dans l'escalier de 14 marches. L'agent Ryan a ensuite poussé l'appelant tête première vers le mur de la cage d'escalier.

Doutant que le palier soit un endroit sûr où poursuivre la fouille, les agents Ryan et Powell ont conduit l'appelant vers une banquette, à l'arrière du restaurant. Les clients présents ont été invités à quitter les lieux, puis la porte avant a été fermée à clé. Outre les deux autres suspects arrêtés, cinq agents de police et l'employé du restaurant sont toutefois restés à l'intérieur.

Les agents ont forcé l'appelant à se pencher sur une table. Ils lui ont alors baissé le pantalon aux genoux et ont tiré son caleçon vers le bas, exposant ainsi complètement ses fesses et ses organes génitaux. Selon la preuve, les cloisons entre les banquettes du restaurant étaient suffisamment élevées pour que la partie du restaurant où la fouille avait lieu soit à l'abri des regards de l'extérieur. L'employé du restaurant a témoigné que les passants n'auraient pas été capables de voir ce qui se passait à l'intérieur, mais que si quelqu'un avait [TRADUCTION] « regardé attentivement du côté de la fenêtre », il aurait pu voir la jambe de l'appelant.

Dans le restaurant, les agents ont tenté de retirer le sachet des fesses de l'appelant, mais sans succès, car celui-ci continuait à contracter très fermement ses muscles. À la suite de ces tentatives, l'appelant a accidentellement déféqué, sans toutefois que l'objet ne soit libéré. L'agent Powell a alors emprunté à l'employé du restaurant une paire de gants à vaisselle en caoutchouc, dont il s'est servi pour tenter à nouveau de retirer le sachet. Selon le témoignage de l'employé du restaurant, ces gants servaient au nettoyage des toilettes et cabinets du restaurant. L'appelant était alors couché au sol, face contre terre, et l'agent Ryan lui immobilisait les pieds.

feet. The officers instructed the appellant to “let it out” and to “relax”. Finally, Constable Powell was able to remove the package once the appellant unclenched his muscles. It contained 10.1 grams of crack cocaine, with a street value of between \$500 and \$2,000.

The appellant’s pants were pulled up and he was placed under arrest for possession of a narcotic for the purpose of trafficking, and for police assault. The appellant was then brought to 51 Division, located about a two-minute drive from the Subway shop. He was strip searched again at the police station, fingerprinted and detained pending a bail hearing.

On a *voir dire* hearing, the appellant applied to have the evidence obtained from the search excluded under ss. 8 and 24 of the *Charter*. The application was denied, and the evidence was admitted. The appellant was found guilty by a jury of possession of a narcotic for the purpose of trafficking, but acquitted on the police assault charge. He was sentenced to 14 months imprisonment, which he had served by the time this case was before our Court. The Court of Appeal for Ontario dismissed the appellant’s appeal from his conviction and sentence.

III. Relevant Constitutional Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Les agents exhortaient l’appelant à [TRADUCTION] « lâcher ça » et à « se détendre ». L’agent Powell a finalement réussi à retirer le sachet après que l’appelant eut relâché ses muscles. Il contenait 10,1 grammes de crack, d’une valeur de revente se situant entre 500 \$ et 2 000 \$.

Une fois son pantalon relevé, l’appelant a été mis en état d’arrestation pour possession de stupéfiants en vue d’en faire le trafic et pour voies de fait contre un agent de police. L’appelant a ensuite été conduit au poste 51, situé à environ deux minutes en automobile de la sandwicherie Subway. Il a été de nouveau soumis à une fouille à nu au poste de police, puis on a pris ses empreintes digitales et on l’a gardé en détention jusqu’à son enquête sur le cautionnement.

Lors du *voir dire*, l’appelant a demandé que les éléments de preuve obtenus lors de la fouille soient exclus en vertu des art. 8 et 24 de la *Charte*. Il a été débouté de cette requête et la preuve a été admise. Au terme d’un procès devant jury, l’appelant a été reconnu coupable de possession de stupéfiants en vue d’en faire le trafic, mais acquitté de l’accusation de voies de fait contre un agent de police. Il a été condamné à 14 mois de détention, peine qu’il avait fini de purger avant l’audition du présent pourvoi devant notre Cour. La Cour d’appel de l’Ontario a rejeté l’appel de l’appelant à l’encontre de sa déclaration de culpabilité et de sa sentence.

III. Les dispositions constitutionnelles pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s’il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

34

35

36

IV. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)*, [1998] O.J. No. 5963 (QL)

37 In a judgment delivered orally on a *voir dire*, McNeely J. stated that he was being asked to rule on whether the appellant's *Charter* rights had been breached by reason of an unreasonable search, and by reason of a violation of his privacy rights in the course of that search. Moreover, the court was required to consider whether it ought to exclude from the evidence the material that was seized during the search.

38 McNeely J. stated that it is "beyond question" that a search incident to a lawful arrest is an exception to the general rule that a warrantless search is *prima facie* illegal. Referring to this Court's decision in *Stillman, supra*, he noted that three conditions must be satisfied in order for a search to be valid under the common law power of search incident to arrest: (1) the arrest must be lawful; (2) the search must have been conducted as an incident to the lawful arrest; (3) the manner in which the search is carried out must be reasonable.

39 In regard to the first question, McNeely J. held that an officer is entitled to arrest someone whom he or she believes on reasonable and probable grounds has committed an offence. In this case, the police had an operation underway that provided visual observations of the appellant engaging in two transactions in an area known for drug trafficking. In this regard, McNeely J. stated at para. 9:

The nature of activity, the small quantity apparently involved, the manner in which it was handled, the colour of the substance, the locale in which it occurred, all of these would provide an objective basis on which the officer could found a belief, which he did form, on those reasonable and probable grounds that trafficking had occurred.

Moreover, the arrest took place immediately after the second transaction, and was based on information and descriptions provided by Constable The-

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*, [1998] O.J. No. 5963 (QL)

Dans un jugement rendu oralement sur un *voir dire*, le juge McNeely a dit qu'il était saisi de la question de savoir s'il avait été porté atteinte aux droits de l'appellant garantis par la *Charte* du fait d'une fouille abusive et de la violation de son droit à la vie privée au cours de cette fouille. La cour devait en outre déterminer s'il fallait exclure de la preuve l'élément saisi au cours de cette fouille.

Selon le juge McNeely, il [TRADUCTION] « ne fait aucun doute » qu'une fouille accessoire à une arrestation légale constitue une exception à la règle générale selon laquelle une fouille sans mandat est à première vue illégale. En se reportant à l'arrêt *Stillman*, précité, de notre Cour, il a noté que trois conditions doivent être remplies pour qu'une fouille soit valide en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation : (1) l'arrestation doit être légale; (2) la fouille doit être effectuée accessoirement à l'arrestation légale; (3) la fouille doit être effectuée de manière raisonnable.

En ce qui a trait à la première question, le juge McNeely a conclu qu'un agent de police est habilité à arrêter toute personne à l'égard de laquelle il a des motifs raisonnables de croire qu'elle a commis une infraction. En l'espèce, les policiers effectuaient une opération qui leur a permis de voir l'appellant participer à deux opérations dans un secteur de trafic de stupéfiants connu. Voici ce que le juge McNeely a dit sur ce point, au par. 9 :

[TRADUCTION] La nature de l'activité, la petite quantité apparemment en jeu, la façon dont elle a été manipulée, la couleur de la substance, l'endroit où cela a eu lieu, tous ces éléments constituent une base objective sur laquelle l'agent pouvait fonder la conviction, qu'il a acquise, à partir de ces motifs raisonnables, qu'il y avait eu trafic.

De plus, l'arrestation a eu lieu immédiatement après la deuxième opération, et elle était fondée sur les renseignements et les descriptions transmis par

riault, who was stationed at the observation post and had witnessed the transactions through a telescope. Thus, not only did this officer have reasonable and probable grounds for believing the appellant committed an offence, but so did Constable Ryan, the arresting officer on the “take-down” team.

With respect to the second question, McNeely J. held that the search was conducted as an incident to the lawful arrest. Given that the appellant was arrested for drug trafficking, it was reasonable for the officers to believe that narcotic substances might be found on his person. It was not only necessary and reasonable that the appellant be patted down to make sure that safety concerns were satisfied, but also, that a search be made to see whether there was evidence that should be preserved for use at trial. McNeely J. thus stated at para. 20:

So having regard to the offence for which the arrest was made and the need to preserve evidence, I am satisfied that it is clear that the second requirement, I am satisfied that this was a search incident to a lawful arrest.

In regard to the third and final requirement, McNeely J. found that the police search was reasonable and did not attract a *Charter* violation. In this regard, he reiterated that the arrest was for drug trafficking, and emphasized the importance of obtaining and preserving evidence for the purposes of trial. McNeely J. also stated that, if the appellant had relaxed and not attempted to retain the package, the search could have been much shorter and less intrusive. Finally, he stated that although the search took place in a restaurant, the officers conducted it at the back of the store, and the evidence was that passersby outside would not have been able to see it take place. Finding that the search was reasonable and did not violate the appellant’s right to privacy, McNeely J. held that the evidence obtained from the search would be admissible at trial. He thus concluded his reasons for judgment as follows at para. 26:

l’agent Theriault, qui se trouvait au poste d’observation et qui avait été témoin des opérations grâce à un télescope. Ce n’est donc pas seulement ce policier qui avait des motifs raisonnables de croire que l’appelant avait commis une infraction, mais également l’agent Ryan, le membre de l’équipe chargée de la descente qui a procédé à l’arrestation.

En ce qui a trait à la deuxième question, le juge McNeely a statué que la fouille avait été effectuée accessoirement à l’arrestation légale. Comme l’appelant avait été arrêté pour trafic de stupéfiants, les agents pouvaient raisonnablement croire qu’il était possible de trouver des stupéfiants sur sa personne. Il était nécessaire et raisonnable non seulement de palper les vêtements de l’appelant pour répondre à des impératifs de sécurité, mais également de procéder à une fouille à la recherche d’éléments de preuve à préserver en vue du procès. Le juge McNeely a dit, au par. 20 :

[TRADUCTION] C’est pourquoi, eu égard à l’infraction pour laquelle il y a eu arrestation et à la nécessité de préserver la preuve, je suis convaincu que la deuxième condition est remplie, je suis convaincu qu’il s’agissait d’une fouille effectuée accessoirement à une arrestation légale.

En ce qui a trait à la troisième et dernière condition, le juge McNeely a conclu que la fouille policière était raisonnable et qu’elle ne contrevenait pas à la *Charte*. À cet égard, il a rappelé qu’il s’agissait d’une arrestation pour trafic de stupéfiants et souligné l’importance de recueillir et de préserver les éléments de preuve aux fins du procès. Le juge McNeely a aussi dit que si l’appelant s’était détendu et n’avait pas tenté de retenir le sachet, la fouille aurait pu être beaucoup plus courte et moins envahissante. Enfin, il a déclaré que même si la fouille s’était déroulée dans un restaurant, les agents l’avaient effectuée à l’arrière de l’établissement, et que la preuve montrait que les passants n’auraient pas pu la voir de l’extérieur. Après avoir conclu que la fouille était raisonnable et qu’elle ne portait pas atteinte au droit à la vie privée de l’appelant, le juge McNeely a conclu que les éléments de preuve obtenus au cours de la fouille étaient admissibles en preuve au procès. Il a conclu ses motifs par les propos suivants, au par. 26 :

40

41

I am satisfied that having regard to the nature of the offences on which the accused was arrested and the need to preserve evidence and the non-cooperation of the accused, that the officers acted in a reasonable manner. Accordingly, I am satisfied that the search in question was a search incident to a lawful arrest and carried out in a reasonable manner, and, therefore, was not an unreasonable search or an undue invasion of the privacy interests of the accused, and for that reason the results of the search will be admitted in evidence.

B. *Court of Appeal for Ontario*, [1999] O.J. No. 5585 (QL)

42

McNeely J.'s ruling was unanimously upheld by the Ontario Court of Appeal. The entire judgment of Osborne A.C.J.O. (for the court) stated:

McNeely, J. correctly set out the applicable legal principles. He found as a fact that the appellant held the bag containing cocaine in his buttocks. This is therefore not a body cavity search case. We see no basis upon which to interfere with this finding, or any of the other findings of fact made by the trial judge. We agree that there was no s. 8 violation in the circumstances and in doing so we accept the Trial Judge's reasons on the s. 8 issue. The appeal is dismissed.

V. Issues

43

This appeal raises two issues:

1. Did the Court of Appeal for Ontario err in concluding that the strip search of the appellant did not violate s. 8 of the *Charter*?
2. If the strip search of the appellant violated s. 8 of the *Charter*, would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*?

VI. Analysis

A. *Introduction*

44

This Court has held that a search will be reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter* where (1) it is authorized by law; (2) the law itself is reasonable; and (3) the search is conducted in a rea-

[TRADUCTION] Je suis convaincu que, eu égard à la nature des infractions pour lesquelles l'accusé a été arrêté et à la nécessité de préserver la preuve ainsi qu'à l'absence de coopération de l'accusé, les agents ont agi de manière raisonnable. Par conséquent, je suis convaincu que la fouille en question était une fouille effectuée accessoirement à une arrestation légale et qu'elle a été effectuée de manière raisonnable et que, partant, elle ne constituait pas une fouille abusive ni une atteinte excessive au droit à la vie privée de l'accusé; pour cette raison, les résultats de la fouille seront admis en preuve.

B. *Cour d'appel de l'Ontario*, [1999] O.J. No. 5585 (QL)

La décision du juge McNeely a été confirmée à l'unanimité par la Cour d'appel de l'Ontario. Voici le libellé intégral de l'arrêt rendu par le juge en chef adjoint Osborne (au nom de la cour) :

[TRADUCTION] Le juge McNeely a énoncé correctement les principes juridiques applicables. Il a conclu, sur les faits, que l'appelant tenait entre ses fesses un sachet qui contenait de la cocaïne. Il ne s'agit donc pas d'un cas d'examen des cavités corporelles. Nous ne voyons aucune raison de modifier cette conclusion, ni d'ailleurs aucune autre conclusion de fait tirée par le juge du procès. Nous sommes d'accord pour conclure qu'il n'y a pas eu manquement à l'art. 8 dans les circonstances et, ce faisant, nous retenons les motifs du juge du procès sur la question relative à l'art. 8. L'appel est rejeté.

V. Les questions en litige

Le pourvoi soulève deux questions :

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que la fouille à nu de l'appelant ne contrevenait pas à l'art. 8 de la *Charte*?
2. Si la fouille à nu de l'appelant contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*, l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte*?

VI. Analyse

A. *Introduction*

Notre Cour a statué qu'une fouille ne sera pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* (1) si elle est autorisée par la loi; (2) si la loi elle-même n'a rien d'abusif; et (3) si la fouille n'est pas effec-

sonable manner (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *Cloutier, supra*; *Stillman, supra*, at p. 633; *Caslake, supra*). Applying this analytical framework to the present case, the Court must address the following questions:

- (1) Was the search authorized by law?
- (2) Is the law itself reasonable?
- (3) Was the search conducted in a reasonable manner?

If these questions are answered in the affirmative, there will be no s. 8 violation (*Collins, supra*, at p. 278; *Debot, supra*, *Caslake, supra*; *Stillman, supra*). Conversely, if any of the questions is answered in the negative, then the strip search will violate s. 8 and it will be necessary to consider whether the evidence obtained as a result of the search should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Applying this analytical framework to the present case, the first question is whether the common law of search incident to arrest authorizes the police to conduct strip searches. If it does, the next question is whether the common law is reasonable. If the strip search was authorized by law and the law is reasonable, the final question is whether the strip search of the appellant was conducted in a reasonable manner.

This Court has emphasized on many occasions the need to strike the appropriate balance between the privacy interests of the accused on the one hand and the realities and difficulties of law enforcement on the other hand, most recently in the case of *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65. Similarly, in the present case, an appropriate balance must be achieved between the interest of citizens to be free from unjustified, excessive and humiliating strip searches upon arrest, and the interests of the police and of society in ensuring that persons who are arrested are not armed with weapons that they may use against the

tuée d'une manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *Cloutier, précité*; *Stillman, précité*, p. 633; *Caslake, précité*). En appliquant ce cadre analytique à la présente espèce, la Cour doit répondre aux questions suivantes :

- (1) La fouille était-elle autorisée par la loi?
- (2) S'agit-il d'une loi qui elle-même n'a rien d'abusif?
- (3) La fouille a-t-elle été effectuée d'une manière raisonnable?

Si ces questions donnent lieu à des réponses affirmatives, il n'y a pas de violation de l'art. 8 (*Collins, précité*, p. 278; *Debot, précité*; *Caslake, précité*; *Stillman, précité*). Inversement, si l'une ou l'autre de ces questions reçoit une réponse négative, la fouille à nu contrevient à l'art. 8 et, partant, il faudra se demander si la preuve obtenue par suite de la fouille devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Dans l'application de ce cadre analytique à la présente espèce, la première question est de savoir si le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation autorise la police à procéder à des fouilles à nu. Le cas échéant, la deuxième question consiste à déterminer si la common law n'est pas abusive. Si la fouille à nu était autorisée par la loi et que la loi n'est pas abusive, la question finale est de savoir si la fouille à nu de l'appelant a été effectuée d'une manière raisonnable.

Notre Cour a souligné à nombre d'occasions, et tout récemment dans l'arrêt *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, la nécessité d'établir un juste équilibre entre, d'une part, le droit à la vie privée de l'accusé et, d'autre part, les réalités et difficultés relatives à l'application de la loi. De même, dans la présente espèce, il faut établir un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts qu'ont les citoyens à demeurer à l'abri des fouilles à nu injustifiées, excessives et humiliantes effectuées lors d'une arrestation et, d'autre part, les intérêts qu'ont la police et la société à s'assurer que les personnes qui sont arrêtées ne sont pas en

police, themselves or others, and in finding and preserving relevant evidence.

47 The appellant submits that the term “strip search” is properly defined as follows: the removal or rearrangement of some or all of the clothing of a person so as to permit a visual inspection of a person’s private areas, namely genitals, buttocks, breasts (in the case of a female), or undergarments. This definition in essence reflects the definition of a strip search that has been adopted in various statutory materials and policy manuals in Canada and other jurisdictions (see for example: Toronto Police Service, *Policy & Procedure Manual: Search of Persons, Arrest & Release* (1999), at p. 3; *Crimes Act 1914* (Austl.), Part 1AA, c. 3C, s. 1 “strip search”; Cal. Penal Code § 4030 (West 2000); Colo. Rev. Stat. Ann. § 16-3-405 (West 1998); Wash. Rev. Code Ann. § 10.79.070(1) (West 1990)). In our view, this definition accurately captures the meaning of the term “strip search” and we adopt it for the purpose of these reasons. This definition distinguishes strip searches from less intrusive “frisk” or “pat-down” searches, which do not involve the removal of clothing, and from more intrusive body cavity searches, which involve a physical inspection of the detainee’s genital or anal regions. While the mouth is a body cavity, it is not encompassed by the term “body cavity search”. Searches of the mouth do not involve the same privacy concerns, although they may raise other health concerns for both the detainee and for those conducting the search.

48 Applying this definition of strip search to the facts, the appellant was subjected to three strip searches in the present case. The first strip search occurred in the stairwell when Constable Ryan undid the appellant’s trousers, pulled back the long underwear the appellant was wearing and looked down the long underwear at the appellant’s but-

possession d’armes dont elles pourraient se servir contre la police, contre elles-mêmes ou contre autrui, ainsi qu’à trouver et à préserver des éléments de preuve pertinents.

L’appelant fait valoir que la définition suivante décrit correctement l’expression « fouille à nu » : action d’enlever ou de déplacer en totalité ou en partie les vêtements d’une personne afin de permettre l’inspection visuelle de ses parties intimes, à savoir ses organes génitaux externes, ses fesses, ses seins (dans le cas d’une femme) ou ses sous-vêtements. Cette définition reflète essentiellement la définition de la fouille à nu qui a été adoptée dans nombre de dispositions législatives et de manuels de politique au Canada et à l’étranger (voir par exemple : Toronto Police Service, *Policy & Procedure Manual : Search of Persons, Arrest & Release* (1999), p. 3; *Crimes Act 1914* (Austr.), partie 1AA, ch. 3C, art. 1 « *strip search* »; Cal. Penal Code § 4030 (West 2000); Colo. Rev. Stat. Ann. § 16-3-405 (West 1998); Wash. Rev. Code Ann. § 10.79.070(1) (West 1990)). À notre avis, cette définition rend correctement le sens de l’expression « fouille à nu » et nous la retenons aux fins des présents motifs. Cette définition différencie les fouilles à nu à la fois des fouilles sommaires ou par palpation, moins envahissantes parce qu’elles n’impliquent par l’enlèvement de vêtements, et des examens des cavités corporelles, plus envahissants parce qu’ils impliquent l’inspection physique des régions génitale ou anale de la personne détenue. Bien que la bouche soit aussi une cavité corporelle, elle n’est pas visée par l’expression « examen des cavités corporelles ». L’examen de la bouche ne pose pas les mêmes problèmes en matière de vie privée, bien qu’il puisse soulever d’autres questions concernant la santé à la fois de la personne détenue et de celles qui procèdent à la fouille.

En appliquant cette définition de la fouille à nu aux faits de l’espèce, force est de constater que l’appelant a été soumis à trois fouilles à nu. La première fouille à nu a eu lieu dans la cage d’escalier, lorsque l’agent Ryan a dégrafé le pantalon de l’appelant, a tiré vers l’arrière le caleçon long qu’il portait et lui a regardé les fesses à l’intérieur de son

tocks. The second strip search occurred in the back of the restaurant at which point the appellant's pants and underwear were pulled down to his knees while the officers tried to seize the package from between the appellant's buttocks. This second strip search also involved the police officers using rubber dish gloves to forcibly remove the package containing the cocaine from between the appellant's buttocks. This physical contact with the appellant's buttocks in the course of the second strip search places this search farther along on the spectrum of intrusiveness than the first search, although on the evidence it falls short of being a body cavity search. The third strip search occurred at the police station.

B. *Did the Court of Appeal for Ontario err in concluding that the strip search of the appellant did not violate Section 8 of the Charter?*

(1) Does the Common Law "Search Incident to Arrest" Power Include the Power to Strip Search?

It is clear that the common law in Canada recognizes the power of police to search a lawfully arrested person for the purpose of seizing weapons or evidence that may be in his possession (*Cloutier, supra*, at pp. 180-81). What is not clear, however, and what must be decided in this case, is the scope of this power to search incident to arrest. Specifically, does the common law authorize strip searches and, if it does, are there any restrictions at common law on the power to conduct such searches? In considering whether the common law in Canada authorizes strip searches carried out as an incident to arrest and, if so, whether the common law is consistent with s. 8 of the *Charter*, it is helpful to review the law concerning warrantless personal searches in the United Kingdom and the United States as well as the case authorities in Canada both before and after the enactment of the *Charter*.

caleçon. La deuxième fouille à nu s'est produite à l'arrière du restaurant, lorsque les agents lui ont baissé le pantalon et le caleçon jusqu'aux genoux et ont tenté de retirer le sachet coincé entre les fesses de l'appellant. Lors de cette deuxième fouille à nu les agents ont en outre utilisé des gants à vaisselle en caoutchouc pour retirer de force le sachet contenant de la cocaïne des fesses de l'appellant. Ce contact physique avec les fesses de l'appellant au cours de la deuxième fouille à nu place cette fouille plus haut que la première fouille sur l'échelle du caractère envahissant, bien que, d'après la preuve, elle ne constitue pas un examen des cavités corporelles. La troisième fouille à nu a eu lieu au poste de police

B. *La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que la fouille à nu de l'appellant ne contrevient pas à l'art. 8 de la Charte?*

(1) Le pouvoir de common law de procéder à une « fouille accessoire à une arrestation » englobe-t-il le pouvoir d'effectuer une fouille à nu?

Il est clair que la common law au Canada reconnaît à la police le pouvoir de soumettre une personne arrêtée légalement à une fouille, afin de saisir les armes ou les éléments de preuve qu'elle pourrait avoir en sa possession (*Cloutier, précité*, p. 180-181). Une question n'est toutefois pas claire et doit être tranchée par notre Cour en l'espèce, savoir celle de l'étendue de ce pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Plus précisément, la common law autorise-t-elle les fouilles à nu et, le cas échéant, existe-t-il des restrictions en common law qui viennent limiter le pouvoir de procéder à de telles fouilles? Pour déterminer si la common law au Canada autorise les fouilles à nu effectuées accessoirement à l'arrestation et, le cas échéant, si la common law est compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, il est utile de passer en revue les règles de droit régissant les fouilles personnelles effectuées sans mandat au Royaume-Uni et aux États-Unis, de même que les décisions rendues au Canada avant comme après l'entrée en vigueur de la *Charte*.

(a) *United Kingdom*a) *Le Royaume-Uni*

50

The common law power of police officers to search a person as an incident to arrest is a long-standing principle in English common law. However, the practice of carrying out such searches predates the common law authority for doing so (Law Reform Commission of Canada, Working Paper 30, *Police Powers — Search and Seizure in Criminal Law Enforcement* (1983), at p. 48). The tolerance of such searches appears to be attributable to the historical tolerance of intrusive acts towards persons accused of crimes, as well as the fact that most objects seized upon arrest, such as bags of coins or weapons, could be found without any lengthy personal search: Law Reform Commission, *supra*.

Le pouvoir de common law qu'ont les agents de police de fouiller une personne accessoirement à son arrestation est un principe établi de longue date en common law britannique. Cependant, la pratique de ces fouilles précède la formulation de la règle de common law qui les autorise (Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 30, *Les pouvoirs de la police : Les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal* (1983), p. 52). Cette attitude permissive à l'égard de telles fouilles semble provenir de la tolérance traditionnelle envers les actes constituant des atteintes aux droits des personnes accusées de crime, de même que du fait que la plupart des objets saisis lors d'une arrestation, par exemple les sacs de monnaie et les armes, pouvaient habituellement être découverts sans une fouille approfondie de la personne : Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*

51

The first reported cases in which individuals challenged the legality of personal searches appeared in the nineteenth century. In *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329, in an action against police for assault by an individual who was arrested, searched, beaten and locked in a cell overnight for drunkenness, Williams J. made the following comments about the common law search power at p. 332:

Les premières décisions publiées portant sur la légalité des fouilles personnelles remontent au dix-neuvième siècle. Dans l'affaire *Leigh c. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329, où le tribunal était saisi d'une action pour voies de fait intentée contre la police par une personne qui avait été arrêtée, fouillée, battue et emprisonnée une nuit pour ivresse, le juge Williams a fait le commentaire suivant au sujet du pouvoir de common law de procéder à une fouille, à la p. 332 :

With respect to searching a prisoner, there is no doubt that a man when in custody may so conduct himself, by reason of violence of language or conduct, that a police officer may reasonably think it prudent and right to search him, in order to ascertain whether he has any weapon with which he might do mischief to the person or commit a breach of the peace; but at the same time it is quite wrong to suppose that any general rule can be applied to such a case. Even when a man is confined for being drunk and disorderly, it is not correct to say that he must submit to the degradation of being searched, as the searching of such a person must depend upon all the circumstances of the case.

[TRADUCTION] Quant au droit de fouiller un prisonnier, il arrivera sans doute qu'un détenu se conduise de façon telle, par son langage ou son comportement violent, qu'un agent de police pense raisonnablement qu'il est utile et juste de le fouiller afin de s'assurer qu'il ne porte pas d'arme avec laquelle il pourrait blesser une personne ou perturber l'ordre public; toutefois, il est tout à fait erroné de supposer qu'une règle générale peut s'appliquer à un tel cas. Même lorsqu'une personne est arrêtée parce qu'elle est en état d'ébriété et se conduit mal, il n'est pas juste de dire qu'elle doit se soumettre à la déchéance d'être fouillée, étant donné que la fouille d'une telle personne doit dépendre de toutes les circonstances de l'espèce.

52

In *Bessell v. Wilson* (1853), 17 J.P. 52 (Q.B.), decided in the same year as *Leigh*, *supra*, Campbell C.J. criticized the searching of the plaintiff at the station house and made the following general

Dans l'affaire *Bessell c. Wilson* (1853), 17 J.P. 52 (Q.B.), tranchée la même année que l'affaire *Leigh*, précitée, le juge en chef Campbell a critiqué la manière dont le demandeur avait été fouillé au poste

comments about when it is appropriate to search a prisoner at p. 52:

It is often the duty of an officer to search a prisoner. If for instance, a man is taken in the commission of a felony, he may be searched to see whether the stolen articles are in his possession, or whether he has any instruments of violence about him, and, in like manner, if he be taken on a charge of arson, he may be searched to see whether he has any fire-boxes or matches about his person.

In the Scottish case of *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (H.C.J.), the power to fingerprint an accused was held to be encompassed by the power to search incident to arrest. The court also indicated that stripping an accused for identification purposes could be justified at common law (at pp. 487-88):

As regards undue invasion of the personal rights of the accused, one must have a sense of proportion. Certain it is that in practice, hitherto unchallenged, a person who is suspected of crime may be brought — with reasonable violence in the event of his resistance — to the police station, that he may be paraded for purposes of identification, that he may be stripped, and that he may be searched for any incriminating natural or artificial mark upon his person. . . . All these things are done with a view to establishing the identity of the suspect.

The power of search and seizure incident to arrest was considered more recently in England in the cases of *Lindley v. Rutter*, [1980] 3 W.L.R. 660 (Q.B.), and *R. v. Naylor*, [1979] *Crim. L.R.* 532. Both cases involved searches of female detainees at the police station carried out by female officers, and the removal of articles worn by the detainees. In *Lindley*, the article removed was a brassiere. In *Naylor*, the officer removed the detainee's earrings, rings and necklace. In both cases, it was a matter of police policy to remove the items in question. The detainees in both cases resisted the search and seizure and were charged with assaulting a police officer. In *Lindley*, the defendant successfully appealed her conviction for unlawfully assaulting a police officer. The court concluded that, as the

de police, et il a fait les commentaires généraux suivants au sujet des circonstances dans lesquelles il convient de soumettre un prisonnier à une fouille, à la p. 52 :

[TRADUCTION] Un policier est souvent obligé de fouiller un détenu. Si par exemple, une personne est arrêtée parce qu'elle a commis une infraction majeure, on peut la fouiller pour voir si elle est en possession des objets volés ou si elle porte des instruments qui ont servi à la perpétration du crime; de même si elle est arrêtée sous une accusation de crime d'incendie, on peut la fouiller pour voir si elle porte un briquet ou des allumettes.

Dans l'affaire écossaise *Adair c. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (H.C.J.), la cour a conclu que le pouvoir de soumettre l'accusé à la prise d'empreintes digitales était compris dans le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. La cour a aussi précisé que le déshabillage d'un accusé à des fins d'identification pouvait être justifié en common law (aux p. 487-488) :

[TRADUCTION] En ce qui a trait à l'atteinte injustifiée aux droits personnels de l'accusé, il faut avoir le sens de la mesure. Il est certain, et incontesté jusqu'à présent, qu'en pratique la personne qui est soupçonnée d'avoir commis un crime peut être emmenée — avec usage d'une force raisonnable en cas de résistance — au poste de police, qu'elle peut être soumise à une séance d'identification, qu'elle peut être déshabillée et fouillée par la police à la recherche de toute marque naturelle ou artificielle incriminante sur sa personne. [. . .] Toutes ces mesures sont prises afin d'établir l'identité du suspect.

Les tribunaux anglais se sont prononcés plus récemment sur le pouvoir de procéder à des fouilles et à des saisies accessoirement à une arrestation dans les affaires *Lindley c. Rutter*, [1980] 3 W.L.R. 660 (Q.B.), et *R. c. Naylor*, [1979] *Crim. L.R.* 532. Dans les deux cas, des policières qui fouillaient des détenues au poste de police leur ont enlevé des articles qu'elles portaient. Dans l'affaire *Lindley*, c'est le soutien-gorge de la détenue qui avait été enlevé. Dans l'affaire *Naylor*, la policière avait enlevé les boucles d'oreille, les bagues et le collier de la détenue. Dans les deux cas, l'enlèvement des articles en question était prévu dans la politique de la police. Dans les deux cas, les détenues ont résisté à la fouille et à la saisie et ont été accusées de voies de fait à l'endroit d'une policière. Dans

53

54

search and removal of the brassiere was not justified, the defendant was entitled to use reasonable force to resist and the assault charge could not stand. In *Naylor*, the trial judge directed the jury to return a verdict of not guilty on the basis that the police officers did not have the right to search the plaintiff and remove her jewellery and that the defendant was therefore entitled to resist in the way that she did.

55 The common law power to search arrested persons is expressed as follows in *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 11, 1976, at para. 121, quoted in *Lindley*, *supra*, at p. 665:

There is no general common law right to search a person who has been arrested, but such a person may be searched if there are reasonable grounds for believing (1) that he has on his person any weapon with which he might do himself or others an injury or any implement with which he might effect an escape, or (2) that he has in his possession evidence which is material to the offence with which he is charged.

56 What emerges from the cases above is that while the power to conduct warrantless searches as an incident to arrest did exist at common law in England, it was also subject to some limitations. Specifically, the cases suggest that the power is limited to searching for weapons or for evidence relevant to the offence for which the individual was arrested. These limitations on the scope of the power to search incident to arrest suggest a concern with balancing the privacy rights of the arrested person against the duty of the police to protect themselves and others against any weapons that may be in the detainee's possession and to preserve and seize evidence in furtherance of their role enforcing the criminal law (see *Lindley*, *supra*, at p. 665).

l'affaire *Lindley*, la défenderesse a réussi à faire annuler en appel sa condamnation pour voies de fait à l'endroit d'une policière. Selon la cour, puisque la fouille et l'enlèvement du soutien-gorge n'étaient pas justifiés, la défenderesse avait le droit de faire usage d'une force raisonnable pour résister, de sorte qu'elle ne pouvait être reconnue coupable de voies de fait. Dans l'affaire *Naylor*, le juge du procès a ordonné au jury de rendre un verdict d'acquiescement au motif que les policières n'avaient pas le droit de fouiller l'accusée et de lui enlever ses bijoux, et que celle-ci avait par conséquent le droit de résister comme elle l'avait fait.

Le pouvoir de common law de soumettre des personnes arrêtées à une fouille est énoncé de la façon suivante dans l'ouvrage *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 11, 1976, par. 121, cité dans l'arrêt *Lindley*, précité, p. 665 :

[TRADUCTION] Il n'existe aucun droit général en common law de soumettre à une fouille une personne qui vient d'être arrêtée, mais cette personne peut être soumise à une fouille s'il existe des motifs raisonnables de croire (1) qu'elle porte quelque arme susceptible de lui servir à se blesser ou à blesser autrui ou tout instrument susceptible de l'aider à s'enfuir, ou (2) qu'elle est en possession d'éléments de preuve pertinents relativement à l'infraction dont elle est inculpée.

Il ressort des décisions susmentionnées que le pouvoir de procéder à des fouilles sans mandat accessoirement à une arrestation existait bien en common law en Angleterre, mais qu'il était aussi assujéti à certaines limites. Plus précisément, ces décisions laissent entendre que ce pouvoir se limite à la recherche d'armes et d'éléments de preuve pertinents relativement à l'infraction pour laquelle la personne est arrêtée. Ces limites quant à l'étendue du pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation laissent entrevoir le souci d'établir un équilibre entre le droit à la vie privée de la personne arrêtée et l'obligation qu'ont les agents de police d'assurer leur propre protection et celle d'autrui contre toute arme que le détenu pourrait avoir en sa possession, ainsi que de préserver et de saisir des éléments de preuve dans l'accomplissement de leur fonction d'application du droit pénal (voir *Lindley*, précité, p. 665).

The common law power to carry out a personal search upon arrest in England has been superseded by the statutory powers of search set out in the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60 (“P.A.C.E.”). The four main categories of search under the P.A.C.E. scheme are the “superficial” search, “full” search, “strip” search and “intimate” search. Superficial searches do not require the suspect to remove any indoor clothing, while a full search may involve the removal of clothing but does not involve the removal of underclothing.

A strip search, which is defined in Annex A to P.A.C.E. Code of Practice C as “a search involving the removal of more than outer clothing” may only be carried out in compliance with the rules relating to strip searches set out in the P.A.C.E. Code. Such a search must always be carried out by a person of the same sex as the person being searched, out of sight of anyone of the opposite sex and anyone who does not need to be present. Normally two people must be present in addition to the person searched. Although the search involves the removal of all clothing, it should be done in such a way that the person is never completely undressed and should be conducted as quickly as possible. While a visual inspection of genital and anal areas may be conducted, no physical contact may be made. If objects are discovered in any body orifice other than the mouth and the person refuses to hand them over, their removal would constitute an intimate search which must be carried out in accordance with the rules pertaining to intimate searches.

An “intimate” search under the P.A.C.E. is analogous to a body cavity search. It involves a physical examination of a person’s body orifices other than the mouth. Intimate searches are only permitted under the P.A.C.E. where the police have reasonable grounds for believing that the detained person is concealing a weapon or that the person is concealing a listed drug that he intended to supply

En Angleterre, le pouvoir de common law de procéder à une fouille corporelle accessoire à une arrestation a été remplacé par les pouvoirs légaux de fouille et de perquisition établis dans la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60 (« P.A.C.E. »). Les quatre catégories principales de fouilles sous le régime de la P.A.C.E. sont la fouille « superficielle » (« *superficial search* »), la fouille « intégrale » (« *full search* »), la fouille « à nu » (« *strip search* ») et la fouille « intime » (« *intimate search* »). La fouille superficielle n’oblige pas le suspect à enlever des vêtements d’intérieur, tandis que la fouille intégrale peut comporter l’enlèvement de vêtements, mais non des sous-vêtements.

La fouille à nu, qui est définie à l’annexe A du P.A.C.E. Code of Practice C comme une [TRA-DUCTION] « fouille comportant l’enlèvement de vêtements ne se limitant pas à l’habillement de dessus », ne peut être effectuée qu’en conformité avec les règles établies à cet égard dans le P.A.C.E. Code. Cette fouille doit toujours être effectuée par une personne du même sexe que la personne qui est fouillée, à l’abri du regard de toute personne du sexe opposé et de quiconque dont la présence n’est pas nécessaire. Elle se passe normalement en présence de deux personnes outre celle qui fait l’objet de la fouille. Même si cette fouille implique l’enlèvement de tous les vêtements, elle doit être effectuée de façon à ce que la personne ne soit jamais complètement dévêtue et de la manière la plus expéditive possible. Même si elle peut comporter une inspection visuelle des régions génitale et anale, elle ne doit donner lieu à aucun contact physique. L’enlèvement d’objets décelés dans tout orifice corporel autre que la bouche et que la personne refuse de remettre constitue une fouille intime qui doit être effectuée dans le respect des règles régissant ce type de fouille.

La fouille « intime » prévue par la P.A.C.E. est analogue à un examen des cavités corporelles. Elle implique un examen physique des orifices corporels de la personne autres que la bouche. En vertu de la P.A.C.E., la fouille intime n’est permise que lorsque la police a des motifs raisonnables de croire que la personne détenue cache une arme ou encore une drogue répertoriée qu’elle avait l’intention

57

58

59

to another or to export and that an intimate search is the only practicable means of removing the weapon or drug in question. Such a search may only be carried out at a hospital or other medical premises, or a police station, in the case of a weapon, and it must be carried out by a registered medical practitioner or registered nurse unless this is not practicable. In addition, no person of the opposite sex who is not a medical practitioner or nurse shall be present.

(b) *U.S.A.*

60

While Canadian common law is derived primarily from British common law, as L'Heureux-Dubé J. noted in *Cloutier, supra*, at p. 175, it is nevertheless of assistance to look at the American law of warrantless searches of the person in considering the appropriate balance between the rights of individual being searched and the right of the police to search in Canada.

61.

The common law rule of search incident to arrest is expressed as follows in the *Corpus Juris* (1916), vol. V, at p. 434:

After making an arrest an officer has the right to search the prisoner, removing his clothing if necessary, and take from his person, and hold for the disposition of the trial court any property which he in good faith believes to be connected with the offense charged, or that may be used as evidence against him, or that may give a clue to the commission of the crime or the identification of the criminal, or any weapon or implement that might enable the prisoner to commit an act of violence or effect his escape.

62

As noted by Professor LaFave in his text *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (3rd ed. 1996), vol. 3, at pp. 132-34, the American courts have upheld a wide variety of search procedures carried out in the context of warrantless searches as an incident to lawful arrest, including: "the placing of the arrestee's hands under an ultraviolet lamp; examining the arrestee's arms to determine the age of burn marks; swabbing the arrestee's hands with a chemical substance; taking scrapings

de fournir à autrui ou d'exporter, et que la fouille intime constitue la seule façon réaliste de retirer l'arme ou la drogue en question. Cette fouille ne peut être effectuée que dans un hôpital ou un autre établissement de santé, ou dans un poste de police, dans le cas d'une arme, et elle doit être pratiquée par un médecin ou une infirmière autorisés, sauf si cela n'est pas raisonnablement possible. De plus, aucune personne du sexe opposé qui n'est pas médecin ou infirmière ne peut être présent durant la fouille.

b) *États-Unis*

Même si la common law canadienne ressortit principalement de la common law de l'Angleterre, ainsi que l'a noté le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Cloutier*, précité, p. 175, il est néanmoins utile de se pencher sur le droit américain en matière de fouilles personnelles effectuées sans mandat lorsqu'il s'agit d'établir un juste équilibre entre les droits des personnes assujetties à une fouille et le droit de la police de procéder à des fouilles au Canada.

La règle de common law régissant les fouilles accessoires à une arrestation est énoncée en ces termes dans le *Corpus Juris* (1916), vol. V, p. 434 :

[TRADUCTION] Après une arrestation, l'agent de la paix a le droit de fouiller le prisonnier, de le dévêtir si c'est nécessaire, de lui enlever et de tenir à la disposition du tribunal de première instance tout bien qu'il croit de bonne foi avoir un rapport avec l'infraction reprochée, de même que tout bien pouvant servir de preuve contre l'accusé ou pouvant donner des indices quant à la perpétration du crime ou quant à l'identité du criminel, et toute arme ou tout instrument susceptible de permettre au prisonnier de commettre un acte violent ou de s'évader.

Ainsi que l'a noté le professeur LaFave dans son ouvrage *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (3^e éd. 1996), vol. 3, p. 132-134, les tribunaux américains ont confirmé la validité d'une vaste gamme de méthodes employées pour procéder à une fouille sans mandat accessoirement à une arrestation légale, y compris [TRADUCTION] « passer les mains du détenu sous une lampe à rayons ultraviolets; examiner les bras du détenu afin de déterminer à quand remontent des marques

from under the arrestee's fingernails; taking a small sample of hair from the arrestee's head; obtaining a urine sample from the arrestee; giving the arrestee a breathalyzer examination; swabbing the arrestee's penis; taking dental impressions from the arrestee; or taking pubic hair combings from him".

The U.S. Supreme Court has considered the common law power to search incident to arrest on several occasions. In *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973), the police arrested the accused for operating a vehicle after his operator's permit had been revoked. They conducted a "pat-down" search of the accused's clothing and pockets and found a quantity of heroin on his person. The majority held that this search did not contravene the Fourth Amendment to the Constitution. In determining whether the police had the power to conduct such a search, the majority reviewed the U.S. precedents, and concluded that they had recognized a power to search a lawfully arrested person as an incident to arrest. Such power was found to be well-rooted in the American legal tradition, and served the practical function of removing weapons from an arrestee and preventing the destruction of evidence in his or her possession. In reaching its conclusion, the majority (*per* Rehnquist J., as he then was) stated the following (at p. 235):

The authority to search the person incident to a lawful custodial arrest, while based upon the need to disarm and to discover evidence, does not depend on what a court may later decide was the probability in a particular arrest situation that weapons or evidence would in fact be found upon the person of the suspect. A custodial arrest of a suspect based on probable cause is a reasonable intrusion under the Fourth Amendment; that intrusion being lawful, a search incident to the arrest requires no additional justification. It is the fact of the lawful arrest which establishes the authority to search, and we hold that in the case of a lawful custodial arrest a full search of the person is not only an exception to the warrant requirement of the Fourth

de brûlure; appliquer une substance chimique sur les mains du détenu; faire un prélèvement sous les ongles du détenu; prélever un petit échantillon de cheveux du détenu; obtenir un échantillon d'urine du détenu; soumettre le détenu à l'alcootest; lui faire un prélèvement pénien; prendre ses empreintes dentaires ou lui prélever des poils pubiens à l'aide d'une brosse ».

La Cour suprême des États-Unis s'est penchée à maintes reprises sur le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Dans l'affaire *United States c. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973), la police avait arrêté l'accusé pour conduite d'un véhicule après la révocation de son permis de conduire. Les agents avaient procédé à une fouille par palpation des vêtements et des poches de l'accusé et avaient trouvé une certaine quantité d'héroïne sur lui. La cour a conclu à la majorité que cette fouille ne contrevenait pas au Quatrième amendement de la Constitution. Pour déterminer si les policiers avaient le pouvoir de procéder à une telle fouille, les juges majoritaires ont passé en revue la jurisprudence américaine et conclu qu'elle avait reconnu un pouvoir de soumettre une personne arrêtée légalement à une fouille accessoire à une arrestation. Selon la cour, ce pouvoir était bien ancré dans la tradition juridique américaine et il avait pour fonction pratique de désarmer le détenu et d'empêcher la destruction des éléments de preuve en sa possession. Pour fonder cette conclusion, les juges de la majorité (par la voix du juge Rehnquist, plus tard juge en chef) ont donné les motifs suivants (à la p. 235) :

[TRADUCTION] Le pouvoir de fouiller une personne accessoirement à une arrestation légale, bien que fondé sur le besoin de chercher des armes et des éléments de preuve, ne dépend pas de la décision subséquente d'un tribunal relativement à la probabilité que lors d'une arrestation en particulier, des armes ou des éléments de preuve puissent en fait être trouvés sur la personne du suspect. L'arrestation d'un suspect fondée sur des motifs probables constitue une atteinte raisonnable selon le Quatrième amendement; cette intrusion étant légitime, une fouille accessoire à l'arrestation n'exige aucune justification supplémentaire. Le pouvoir de fouiller est fondé sur l'arrestation légitime et nous sommes d'avis que, dans le cas d'une arrestation légitime, la fouille complète d'une

Amendment, but is also a 'reasonable' search under that Amendment.

The reasoning in *Robinson* was reiterated by the Supreme Court in *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260 (1973), a companion case to *Robinson*, which also involved a pat-down and a search of the arrestee's pockets upon arrest.

64 The U.S. Supreme Court has not stated explicitly whether strip searching falls within the scope of the power to search incident to arrest. However, comments made in *Illinois v. Lafayette*, 462 U.S. 640 (1983), suggest that strip searches may be permitted as an incident to placing an individual in custody: *Lafayette*, *supra*, at p. 645, *per* Burger C.J. The Fourth Amendment will not necessarily protect an arrestee against "minor intrusions" into the body carried out as an incident to arrest, such as blood tests taken incident to arrest for driving under the influence of alcohol: *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), at p. 772.

65 Aside from decisions of the U.S. Supreme Court, American appellate courts have considered the common law power to search incident to arrest and, in particular, whether it permits strip searches of arrestees. Routine strip searches of persons held in custody for minor offences have been held to be unconstitutional: *Giles v. Ackerman*, 746 F.2d 614 (9th Cir. 1984). On the other hand, legislation authorizing warrantless strip searches has been held to be constitutional provided that the search was based on "individualized, reasonable suspicion that the arrestee is concealing contraband": *State v. Audley*, 894 P.2d 1359 (Wash. Ct. App. 1995), at p. 1365. In *Swain v. Spinney*, 117 F.3d 1 (1st Cir. 1997), at p. 7, the First Circuit concluded that strip and "body cavity searches must be justified by at least a reasonable suspicion that the arrestee is concealing contraband or weapons".

personne ne constitue pas seulement une exception à l'exigence relative au mandat aux termes du Quatrième amendement, mais constitue également une fouille « raisonnable » aux termes de cet amendement.

Le raisonnement adopté dans l'arrêt *Robinson* a été repris par la Cour suprême dans l'affaire *Gustafson c. Florida*, 414 U.S. 260 (1973), connexe à l'affaire *Robinson*, qui portait elle aussi sur une fouille par palpation et une fouille des poches du détenu au moment de son arrestation.

La Cour suprême des États-Unis n'a pas dit expressément si le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation englobe la fouille à nu. Toutefois, des commentaires faits dans l'arrêt *Illinois c. Lafayette*, 462 U.S. 640 (1983), donnent à penser que les fouilles à nu peuvent être permises accessoirement à la mise en détention d'une personne : *Lafayette*, précité, p. 645, le juge en chef Burger. Le Quatrième amendement ne protège pas nécessairement le détenu contre les [TRADUCTION] « atteintes mineures » portées au corps accessoirement à une arrestation, comme la prise d'échantillons de sang au moment de l'arrestation pour conduite avec facultés affaiblies : *Schmerber c. California*, 384 U.S. 757 (1966), p. 772.

Outre les arrêts de la Cour suprême des États-Unis, les cours d'appel américaines se sont penchées sur le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, en particulier sur la question de savoir s'il permet de soumettre les détenus à des fouilles à nu. Les fouilles à nu systématiques des personnes détenues pour des infractions mineures ont été jugées inconstitutionnelles : *Giles c. Ackerman*, 746 F.2d 614 (9th Cir. 1984). Par ailleurs, des dispositions législatives autorisant les fouilles à nu sans mandat ont été jugées constitutionnelles pourvu que la fouille soit fondée sur un [TRADUCTION] « soupçon individualisé et raisonnable que le détenu cache des objets interdits » : *State c. Audley*, 894 P.2d 1359 (Wash. Ct. App. 1995), p. 1365. Dans l'arrêt *Swain c. Spinney*, 117 F.3d 1 (1st Cir. 1997), p. 7, la First Circuit Court a conclu que les fouilles à nu et [TRADUCTION] « les examens des cavités corporelles doivent être justifiés à tout le moins par un soupçon raisonnable que le détenu cache des objets interdits ou des armes ».

(c) *Canada*

In contrast with searches of the person incident to arrest, there is a plethora of legislative provisions dealing with searches of premises. In addition to s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provides that reasonable grounds are required before a justice may issue a warrant authorizing the search of a “building, receptacle or place”, there are many other provisions in the administrative and regulatory context governing the search of premises (see for example *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 15; *Importation of Intoxicating Liquors Act*, R.S.C. 1985, c. I-3, s. 7; *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, ss. 92 and 93(c); *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1990, c. P.41, s. 17). The Law Reform Commission of Canada in its Working Paper on *Police Powers*, *supra*, at p. 20, remarked on this situation as follows:

The restricted availability of powers of personal search in this context [the criminal law context], however, is due less to a heightened respect for personal integrity on the part of Anglo-Canadian lawmakers than to the historical association of the warrant with searches of private dwellings. Indeed, the development over the last three centuries of the warrant, with its safeguards against unjustified entry into private domains, has been accompanied by the accrual of relatively discretionary warrantless powers to search persons.

Thus, searches of the person incident to arrest fall to be governed by the common law.

There are relatively few reported pre-*Charter* cases in Canada dealing with the lawfulness of searches of the person carried out as an incident to arrest. The lack of case authority on this issue is not surprising given the lack of effective remedies for unlawful searches, whether strip searches or other types of personal searches. Prior to the advent of s. 8 of the *Charter*, the only possible remedy for an unlawful strip search would have been a tort action for assault, battery or false imprisonment. The cost of bringing such an action, the low amount

c) *Canada*

Par contraste avec les fouilles de personnes effectuées accessoirement à une arrestation, il existe une surabondance de dispositions législatives traitant des perquisitions dans des locaux. Outre l’art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui exige l’existence de motifs raisonnables pour qu’un juge soit autorisé à délivrer un mandat autorisant une perquisition dans un « bâtiment, contenant ou lieu », il existe nombre d’autres dispositions dans le contexte administratif et réglementaire qui régissent les perquisitions dans des locaux (voir par exemple la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 15; la *Loi sur l’importation des boissons enivrantes*, L.R.C. 1985, ch. I-3, art. 7; la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 488, art. 92, 93c); la *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1990, ch. P.41, art. 17). Dans son document de travail sur *Les pouvoirs de la police*, *op. cit.*, p. 21, la Commission de réforme du droit du Canada a fait le commentaire suivant au sujet de cette situation :

Si les fouilles de personnes constituent un pouvoir ainsi limité [dans le contexte du droit pénal], cela ne tient pas véritablement à la grande importance attribuée par les législateurs anglo-canadiens à l’intégrité corporelle. L’explication réside plutôt dans le lien historique entre le mandat et les perquisitions dans les habitations. En fait, parallèlement à l’élaboration, au cours des trois derniers siècles, des garanties offertes par le mandat contre des entrées abusives dans des lieux privés, il y a eu multiplication de pouvoirs relativement discrétionnaires autorisant, sans mandat, les fouilles de personnes.

Les fouilles personnelles effectuées accessoirement à une arrestation sont donc régies par la common law.

Il existe, au Canada, relativement peu de décisions publiées antérieures à la *Charte* qui portent sur la légalité de fouilles personnelles accessoires à une arrestation. Le peu de jurisprudence sur cette question n’a rien de surprenant compte tenu de l’absence de réparation efficace pour les fouilles illégales, qu’il s’agisse de fouilles à nu ou d’autres types de fouilles personnelles. Avant l’entrée en vigueur de l’art. 8 de la *Charte*, la seule réparation possible en cas de fouilles à nu illégales aurait été une action en responsabilité délictuelle pour voies de fait, actes

of damages potentially recoverable and the ineffectiveness of civil actions as a remedy when real evidence was seized through an unlawful search likely explains the dearth of case law. Recent cases illustrate that damage awards in tort for unlawful strip searches remain low, and the costs of bringing a civil action would far exceed the nominal damages awarded: *Nurse v. Canada* (1997), 132 F.T.R. 131; *Blouin v. Canada* (1991), 51 F.T.R. 194.

de violence ou séquestration. Le coût inhérent à l'institution d'une telle action, le faible montant des dommages-intérêts susceptibles d'être obtenus et le peu d'efficacité des actions civiles comme réparation lorsque des preuves matérielles sont saisies au moyen d'une fouille illégale expliquent vraisemblablement la rareté de la jurisprudence en cette matière. Les affaires récentes démontrent que les dommages-intérêts alloués en responsabilité délictuelle pour les fouilles à nu illégales demeurent peu élevés et que les coûts nécessaires pour engager une action civile excèdent de loin les dommages-intérêts minimes accordés: *Nurse c. Canada* (1997), 132 F.T.R. 131; *Blouin c. Canada* (1991), 51 F.T.R. 194.

68

One of the earliest Canadian cases referring to the power to search as an incident to arrest at common law is *Gottschalk v. Hutton* (1921), 36 C.C.C. 298 (Alta. S.C.A.D.), which concerned an action for the return of property taken by the police. In that case, the court adopted the statement of the law concerning search incident to arrest set out in the *Corpus Juris*, quoted above in these reasons. The later case of *R. v. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56 (Alta. S.C.A.D.) was an appeal of an acquittal of two police officers on charges of assault, arising out of a search incident to arrest. Harvey C.J.A. reviewed the law on point, citing *Gottschalk* for the principle "that the right to detain property found on a prisoner upon a search has its limitation" (p. 61). In *Yakimishyn v. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179 (Man. K.B.), another action involving property seized by the police upon arrest, the court again adopted the statement of the law set out in *Gottschalk*.

L'une des plus anciennes décisions canadiennes à mentionner le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est l'arrêt *Gottschalk c. Hutton* (1921), 36 C.C.C. 298 (C.S. Alb., Div. app.), rendu dans une action en restitution de biens saisis par la police. Dans cette affaire, la cour a adopté l'énoncé du droit relatif à la fouille accessoire à une arrestation qui figure dans le *Corpus Juris*, cité plus haut dans les présents motifs. L'affaire plus récente *R. c. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56 (C.S. Alb., Div. app.), portait sur l'appel de l'acquiescement de deux agents de police accusés de voies de fait à la suite d'une fouille accessoire à une arrestation. Le juge en chef Harvey a passé en revue le droit pertinent et cité l'arrêt *Gottschalk* à l'appui du principe selon lequel [TRADUCTION] « le droit de détenir les biens trouvés sur la personne d'un prisonnier lors d'une fouille a des limites » (p. 61). Dans l'affaire *Yakimishyn c. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179 (B.R. Man.), portant elle aussi sur une action à l'égard de biens saisis par la police lors d'une arrestation, la cour a adopté encore une fois l'énoncé du droit figurant dans l'arrêt *Gottschalk*.

69

In *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (Ont. C.A.), the accused appealed his conviction of having unlawfully assaulted a police officer engaged in the lawful execution of his duty for having bit and struck a police officer while the officer was attempting to search inside the accused's mouth for illegal drugs. Robertson C.J.O. concluded that the search

Dans l'arrêt *R. c. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (C.A. Ont.), l'accusé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour voies de fait commises contre un agent de police dans l'exercice légitime de ses fonctions; il avait mordu et frappé l'agent pendant que celui-ci tentait de lui fouiller la bouche à la recherche de drogues illégales. Le juge en chef

was lawful as an incident to the arrest, relying on the authority of *Bessell, supra*, and *Leigh, supra*, and dismissed the appeal from conviction.

The case of *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343 (Que. Q.B.) represents the high water mark in Canadian law as far as the degree of intrusiveness of searches of the person. In that case, the police sought a search warrant authorizing them to conduct a search of the body of Mr. Laporte for one or more bullets which were alleged to have been fired by police into Laporte's body during a hold-up that occurred a year and a half earlier. The warrant issued authorized surgery upon Laporte to have the bullets removed and seized. Upon an application by Laporte to quash the search warrant, Hugessen J. concluded that the warrant could not be justified under either the common law power of search incident to arrest or any of the statutory provisions of the *Criminal Code*. Accordingly, he set aside the warrant in order to prevent what he described as "a grotesque perversion of the machinery of justice and an unwarranted invasion upon the basic inviolability of the human person": *Laporte, supra*, at p. 354.

Another pre-*Charter* case dealing with a highly intrusive personal search is *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342 (Alta. S.C.T.D.). In that case, the plaintiff brought a civil action for assault and battery and exemplary damages arising out of a body cavity search carried out on the plaintiff to search for drugs secreted in his rectum. The search was carried out by a doctor at a hospital on the basis of the common law authority to search incident to arrest. MacDonald J. dismissed the plaintiff's action and concluded at p. 348 that

the police in this case had not only the right but also a duty to conduct a search of the plaintiff for drugs, and to seize any drugs found as evidence to be presented to the Court. In making this search and seizure the police

Robertson, s'appuyant sur l'arrêt *Bessell*, précité, et la décision *Leigh*, précitée, a conclu que la fouille était légale parce qu'accessoire à l'arrestation et il a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité.

L'affaire *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343 (B.R. Qué.), représente le point culminant en droit canadien en ce qui a trait au caractère envahissant des fouilles de personnes. Dans cette affaire, la police avait demandé un mandat de perquisition autorisant ses agents à procéder à une fouille corporelle de M. Laporte à la recherche d'une ou plusieurs balles que lui aurait tirées la police au cours d'un vol à main armée survenu un an et demi plus tôt. Le mandat délivré permettait qu'une chirurgie soit pratiquée sur M. Laporte afin de retirer et de saisir les balles en question. Saisi d'une requête en annulation du mandat présentée par M. Laporte, le juge Hugessen a conclu que le mandat ne pouvait être justifié ni en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ni en vertu d'une disposition quelconque du *Code criminel*. Il a donc annulé le mandat de perquisition afin d'empêcher que ne se produise ce qu'il a décrit comme [TRADUCTION] « un abus grotesque de l'appareil judiciaire et une atteinte injustifiée à l'inviolabilité de la personne humaine » : *Laporte*, précité, p. 354.

Une autre affaire engagée avant l'adoption de la *Charte* et portant sur une fouille personnelle très envahissante a donné lieu à la décision *Reynen c. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342 (C.S. Alb., 1^{re} inst.). Dans cette affaire, le demandeur a engagé une action civile pour voies de fait et actes de violence ainsi qu'en dommages-intérêts exemplaires à la suite d'un examen des cavités corporelles pratiqué sur lui par un médecin à la recherche de drogues cachées dans son rectum. L'examen avait été pratiqué dans un hôpital, en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Le juge MacDonald a rejeté l'action du demandeur et conclu, à la p. 348, que

[TRADUCTION] la police en l'espèce avait non seulement le droit, mais aussi l'obligation de soumettre le demandeur à une fouille à la recherche de drogues, et de saisir toute drogue découverte comme élément de

are clearly authorized to use such force as is reasonable, proper and necessary to carry out their duty, providing that no wanton or unnecessary violence is imposed.

preuve à présenter devant le tribunal. En procédant à cette fouille et à cette saisie, la police est clairement autorisée à employer toute la force qui est raisonnable, juste et nécessaire pour s'acquitter de ses fonctions, pourvu qu'elle n'impose pas de violence gratuite ou inutile.

72

In the post-*Charter* era, there are many examples of cases dealing with personal searches in general, and strip searches in particular, carried out as an incident to arrest. The greater number of strip search cases is at least in part due to the greater availability of remedies with the advent of the *Charter*, particularly the possibility of excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter* as a remedy for unlawful searches. However, the cases also suggest a disturbing trend towards strip searching detained persons as a matter of routine police policy, regardless of the particular circumstances surrounding the arrest.

La période postérieure à l'entrée en vigueur de la *Charte* regorge d'exemples de décisions portant sur les fouilles personnelles en général, et sur les fouilles à nu en particulier, effectuées accessoirement à l'arrestation. Le nombre accru d'affaires portant sur des fouilles à nu s'explique en partie par une plus grande ouverture des recours en réparation depuis l'avènement de la *Charte*, et tout particulièrement par la possibilité de faire exclure, en invoquant le par. 24(2) de la *Charte*, des éléments de preuve obtenus lors de fouilles effectuées illégalement. Ces affaires semblent toutefois dénoter aussi une tendance troublante de la police à avoir pour politique de fouiller à nu systématiquement les personnes détenues, sans égard aux circonstances particulières de l'arrestation.

73

While the constitutionality of strip searches incident to arrest has not previously been addressed by this Court, this Court has addressed the constitutionality of a strip search and "bedpan vigil" of a person detained at airport customs carried out pursuant to s. 98 of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.). In *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, and *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, this Court concluded that strip searches of travellers carried out under the customs legislation did not violate s. 8 of the *Charter*. However, this Court also made it clear that its conclusion that s. 8 was not violated in the circumstances was based upon the "unique factual circumstance" that border crossings present. The unique nature of the border crossing context was described as follows in the following passage from Iacobucci J.'s reasons in *Monney*, at para. 42, quoting from the majority reasons of Gonthier J. in *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at para. 18:

Bien que la question de la constitutionnalité des fouilles à nu effectuées accessoirement à l'arrestation n'ait encore jamais été soumise à notre examen, notre Cour s'est déjà penchée sur la constitutionnalité d'une fouille à nu et d'une « veille au haricot » (« *bedpan vigil* ») auxquelles des agents des douanes ont soumis une personne détenue à l'aéroport conformément à l'art. 98 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.). Dans les arrêts *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, et *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, notre Cour a conclu que la fouille à nu de voyageurs effectuée conformément aux dispositions législatives douanières ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte*. Notre Cour a toutefois précisé qu'une telle conclusion dans les circonstances était fondée sur la « situation factuelle unique » que constituent les passages frontaliers. La nature exceptionnelle du contexte des passages frontaliers a été décrite de la façon suivante par le juge Iacobucci, dans l'arrêt *Monney*, par. 42, lequel reprenait les motifs prononcés par le juge Gonthier au nom de la majorité dans l'arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 18 :

The unique context that border crossings present was recognized by this Court in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. Dickson C.J., writing for the majority, said (at p. 528):

National self-protection becomes a compelling component in the calculus.

I accept the proposition advanced by the Crown that the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations. People do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny. It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries.

Given the unique context of border crossing searches, the reasoning in the customs cases is not directly applicable in the present case. While this Court has never pronounced on the lawfulness of strip searches conducted as an incident to arrest prior to the present appeal, it has made comments in *obiter* concerning such searches in the cases of *Beare, supra*, and *Cloutier, supra*. The *Beare* case was concerned with the constitutionality of legislation that provided for the fingerprinting of individuals charged but not convicted of an indictable offence. In the course of concluding that the legislation was not in violation of the *Charter*, La Forest J. made the following comments, at pp. 403-4:

As an incident to a lawful arrest, a peace officer has a right to search the person arrested and to take any property the officer reasonably believes is connected with the offence charged, or any weapon found upon such person; see *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230. This authority is based on the need to disarm an accused and to discover evidence. In the course of custodial arrest an accused may be stripped. Of particular relevance, height, weight and natural or artificial marks on the body, such as birth marks or tattoo marks, may be used for purposes of identification; see *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (J.).

In *Cloutier, supra*, this Court considered the common law power of search incident to arrest for the first time. The case involved a “frisk” or “pat”

Dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, notre Cour a reconnu le contexte particulier des passages frontaliers. Le juge en chef Dickson y affirme, au nom de la majorité, à la p. 528 :

La nécessité d'assurer sa propre protection devient un élément déterminant du calcul effectué.

J'accepte la proposition de la poursuite que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations. En effet, les gens ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire.

Compte tenu du contexte particulier des passages frontaliers, le raisonnement qui sous-tend les décisions rendues dans les affaires douanières n'est pas directement applicable à la présente espèce. Même si notre Cour ne s'est jamais prononcée, avant le présent pourvoi, sur la légalité des fouilles à nu effectuées accessoirement à une arrestation, elle a déjà fait des remarques incidentes à l'égard de fouilles de cette nature dans les arrêts *Beare, précité*, et *Cloutier, précité*. L'arrêt *Beare* portait sur la constitutionnalité de dispositions législatives prévoyant la prise d'empreintes digitales de personnes qui ont été accusées d'un acte criminel, sans en être reconnues coupables. Dans ses motifs l'amenant à conclure que les dispositions législatives ne contrevenaient pas à la *Charte*, le juge La Forest a fait les commentaires suivants, aux p. 403-404 :

Au cours d'une arrestation licite, un agent de la paix a le droit de procéder à la fouille de la personne arrêtée et de confisquer tout bien qu'il a des raisons de croire lié à l'infraction reprochée, ou toute arme trouvée sur elle; voir *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230. Ce pouvoir est fondé sur la nécessité de désarmer le prévenu et de réunir des preuves. En détention, après l'arrestation, le prévenu peut être déshabillé. Plus pertinent encore, la taille, le poids et les marques corporelles, naturelles ou artificielles, comme les taches de naissance ou les tatouages, peuvent servir à des fins d'identification; voir *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (J.).

Dans l'arrêt *Cloutier, précité*, notre Cour s'est penchée pour la première fois sur le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire

search of a motorist stopped for a traffic violation. L'Heureux-Dubé J., writing for the Court, surveyed the British, American and Canadian case authorities and concluded at pp. 180-81 that:

[I]t seems beyond question that the common law as recognized and developed in Canada holds that the police have a power to search a lawfully arrested person and to seize anything in his or her possession or immediate surroundings to guarantee the safety of the police and the accused, prevent the prisoner's escape or provide evidence against him.

She noted, however, that while the existence of such a common law power is accepted, there is uncertainty as to the scope of the power. In *Cloutier*, *supra*, at p. 186, L'Heureux-Dubé J. stated the following three propositions in relation to the common law of search incident to arrest:

- (1) The police have the power to conduct a search at common law but are not under a duty to exercise the power;
- (2) The search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice, such as the discovery of a weapon or evidence; and
- (3) The search must not be conducted in an abusive fashion.

A search that did not meet these three criteria would be unreasonable under s. 8 of the *Charter*.

76

Since *Cloutier*, this Court has addressed the constitutionality of the seizure of bodily samples at common law in *Stillman*, *supra*. Cory J., speaking for the majority, held that the seizure of bodily samples, namely hair samples, buccal swabs and dental impressions, was not authorized by the common law power to search incident to arrest. Such a serious interference with a person's bodily integrity required statutory authorization and could

à une arrestation. Il s'agissait d'une fouille sommaire ou par palpation à laquelle avait été soumis un automobiliste arrêté pour une infraction aux règlements de la circulation. Après avoir passé en revue les décisions des tribunaux britanniques, américains et canadiens, le juge L'Heureux-Dubé a tiré la conclusion suivante, au nom de notre Cour, aux p. 180-181 :

[I]l me semble indubitable que la common law telle qu'elle a été reçue et a évolué au Canada reconnaît aux policiers le pouvoir de fouiller la personne légalement mise en état d'arrestation et de saisir les objets en sa possession ou dans son entourage immédiat dans le but d'assurer la sécurité des policiers et du prévenu, d'empêcher l'évasion du prisonnier ou encore de constituer une preuve contre ce dernier.

Elle a toutefois noté que même si l'existence d'un tel pouvoir en common law est acquise, il semble y avoir un certain flottement en ce qui concerne l'étendue de ce pouvoir. Dans l'arrêt *Cloutier*, précité, p. 186, le juge L'Heureux-Dubé a formulé les trois propositions suivantes à l'égard de la fouille accessoire à une arrestation permise en common law :

- (1) les policiers ont le pouvoir d'effectuer une fouille en vertu de la common law, mais ils ne sont pas tenus de l'exercer;
- (2) la fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, telle la découverte d'une arme ou d'éléments de preuve;
- (3) la fouille ne doit pas être effectuée de façon abusive.

Une fouille qui ne répondrait pas à ces trois critères serait abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Depuis l'arrêt *Cloutier*, notre Cour s'est penchée sur la constitutionnalité de la saisie d'échantillons de substances corporelles en common law dans l'arrêt *Stillman*, précité. Le juge Cory a conclu, au nom de la majorité de notre Cour, que la saisie d'échantillons de substances corporelles, à savoir le prélèvement de cheveux et de poils, les prélèvements faits dans la bouche et la prise d'empreintes dentaires, n'était pas autorisée par le pouvoir de

not be justified under the common law power to search incident to arrest. Cory J. distinguished the situation in *Stillman* from other cases, such as *Cloutier*, *supra*, where searches incident to arrest had been found not to infringe the *Charter* on the basis that “completely different concerns arise where the search and seizure infringes upon a person’s bodily integrity, which may constitute the ultimate affront to human dignity” (*Stillman*, *supra*, at para. 39).

At the appellate and trial court levels in Canada, strip searches and even body cavity searches have been held to be lawful at common law as an incident to arrest. At the appellate level, the only court in Canada that has addressed whether strip searches incident to arrest are constitutional is the Ontario Court of Appeal. In *R. v. Morrison* (1987), 35 C.C.C. (3d) 437, the Court of Appeal concluded that a strip search of a female detainee arrested for theft and possession of stolen goods and cash did not violate s. 8 of the *Charter* and that the evidence discovered in the search, namely marijuana, was therefore admissible. At p. 442 of *Morrison*, Dubin J.A. expressed the principles applicable to such searches as follows:

As incident to a lawful arrest, a peace officer has the right to search the person arrested and take from his person any property which he reasonably believes is connected with the offence charged, or may be used as evidence against the person arrested, or any weapon or instrument found upon the person arrested, but he need not have reasonable grounds to believe that either such weapons or evidence will be found. It is the fact that the search of the person is made as incident to a lawful arrest which gives the peace officer the authority to search the person arrested.

In two subsequent cases, the Ontario Court of Appeal held that strip searches did violate s. 8. In *R. v. Ferguson* (1990), 1 C.R. (4th) 53, the accused

common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Une atteinte aussi grave à l’intégrité physique d’une personne doit être autorisée par la loi et ne saurait être justifiée en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Le juge Cory a distingué les faits de *Stillman* des autres affaires, comme *Cloutier*, précitée, où des fouilles effectuées accessoirement à une arrestation avaient été jugées conformes à la *Charte*, par le fait que « des préoccupations tout à fait différentes surgissent lorsque la fouille et la saisie effectuées violent l’intégrité physique d’une personne, et peuvent constituer l’atteinte la plus grave à la dignité humaine » (*Stillman*, précité, par. 39).

Des tribunaux d’appel et de première instance au Canada ont jugé légales en vertu de la common law des fouilles à nu, voire des examens des cavités corporelles, accessoires à une arrestation. Au niveau des tribunaux d’appel, la seule cour canadienne à s’être penchée sur la question de savoir si les fouilles à nu accessoires à une arrestation sont constitutionnelles est la Cour d’appel de l’Ontario. Dans l’arrêt *R. c. Morrison* (1987), 35 C.C.C. (3d) 437, la Cour d’appel a conclu que la fouille à nu d’une femme qui avait été arrêtée pour vol et possession de biens et d’argent volés ne portait pas atteinte à l’art. 8 de la *Charte*, et que la preuve découverte au cours de la fouille, à savoir de la marijuana, était par conséquent admissible. À la p. 442 de l’arrêt *Morrison*, le juge Dubin a formulé de la façon suivante les principes applicables aux fouilles de cette nature :

[TRADUCTION] Accessoirement à une arrestation légitime, un agent de la paix a le droit de fouiller la personne en état d’arrestation et de lui enlever tout bien qu’il croit raisonnablement relié à l’infraction reprochée ou qui peut être utilisé à titre d’élément de preuve contre le détenu, ou tout instrument ou arme trouvé sur lui, mais il n’est pas nécessaire qu’il ait des motifs raisonnables de croire qu’il trouvera ces armes ou ces éléments de preuve. C’est le fait que la fouille de la personne est accessoire à l’arrestation légitime qui donne à l’agent de la paix le pouvoir de fouiller le détenu.

Dans deux affaires subséquentes, la Cour d’appel de l’Ontario a statué que des fouilles à nu contrevenaient à l’art. 8. Dans l’affaire *R. c. Ferguson*

77

78

was observed for several hours at a house where police suspected drug trafficking took place. The police later stopped the accused's vehicle, searched his vehicle and checked his name on CPIC. They then noticed a bulge in the accused's pants, and discovered, after undoing his pants, that he was concealing a bag containing cocaine. The Court of Appeal ruled that the search violated s. 8 because it was conducted on the basis of mere suspicion, rather than reasonable and probable grounds. Although the violation of s. 8 was found primarily on the basis that there was a lack of reasonable and probable grounds, the court also noted the intrusive method of the search. The court held that the s. 8 violation was serious and that the evidence should therefore be excluded under s. 24(2) and an acquittal entered.

(1990), 1 C.R. (4th) 53, l'accusé a été surveillé pendant plusieurs heures dans une maison où la police soupçonnait la tenue d'activités de trafic de stupéfiants. La police a par la suite immobilisé et fouillé le véhicule de l'accusé et vérifié son nom dans le CIPC. Les agents ont alors remarqué un renflement dans le pantalon de l'accusé et découvert, après lui avoir dégrafé le pantalon, qu'il cachait un sac contenant de la cocaïne. La Cour d'appel a statué que la fouille contrevenait à l'art. 8 parce qu'elle avait été effectuée sur la base de simples soupçons, plutôt que de motifs raisonnables. Même si la cour a invoqué l'absence de motifs raisonnables comme fondement principal de sa conclusion que la fouille contrevenait à l'art. 8, elle a en outre relevé le caractère envahissant de la méthode adoptée pour effectuer la fouille. La cour a conclu qu'il s'agissait d'un manquement grave à l'art. 8 et qu'il y avait par conséquent lieu d'exclure la preuve en vertu du par. 24(2) et de prononcer l'acquiescement.

79

In *R. v. Flintoff* (1998), 16 C.R. (5th) 248 (Ont. C.A.), the accused was arrested for impaired driving and taken to the police station for a breathalyzer test. Prior to the breathalyzer test, the accused was strip searched as part of the routine policy of the police department and not on the basis of any circumstances related to the particular case. After the strip search, the appellant was taken to the breathalyzer room and failed the test. The Ontario Court of Appeal concluded that it was unreasonable to strip search the appellant and that the breach of s. 8 was serious. Accordingly, the court held that the breathalyzer evidence should be excluded and the decision of the trial judge dismissing the charge restored.

Dans l'affaire *R. c. Flintoff* (1998), 16 C.R. (5th) 248 (C.A. Ont.), l'accusé a été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies et emmené au poste de police pour y subir un alcootest. Avant l'alcootest, il a fait l'objet d'une fouille à nu effectuée systématiquement dans le cadre de la politique du service de police, et non en raison de circonstances propres à l'espèce. Après la fouille à nu, l'appellant a été conduit vers la pièce où il a dû subir l'alcootest, qui a donné des résultats incriminants. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'il était abusif de faire subir une fouille à nu à l'appellant et qu'il s'agissait d'un manquement grave à l'art. 8. Elle a donc statué que la preuve découlant de l'alcootest devait être exclue et ordonné le rétablissement de la décision du juge du procès portant rejet de l'accusation

80

At the trial level, there are numerous examples of cases involving strip searches performed as an incident to arrest. In some cases, the courts have concluded that the strip searches did not constitute a s. 8 violation, while in other cases similar searches have been held to violate s. 8. In *R. v. Stott*, [1997] O.J. No. 5449 (QL) (Prov. Div.), a strip search of an individual arrested for impaired driving carried out as a matter of routine police policy was held not to violate s. 8. Similarly, in *R. v. K.D.S.* (1990), 65

Au niveau des tribunaux de première instance, il existe nombre d'exemples d'affaires impliquant des fouilles à nu effectuées accessoirement à une arrestation. Dans certains cas, les tribunaux ont conclu que les fouilles à nu ne contrevenaient pas à l'art. 8; dans d'autres, des fouilles similaires ont été jugées contraires à l'art. 8. Dans l'affaire *R. c. Stott*, [1997] O.J. No. 5449 (QL) (Div. prov.), le tribunal a conclu qu'une fouille à nu pratiquée sur une personne arrêtée pour conduite avec facultés affaiblies,

Man. R. (2d) 301 (Q.B.), the strip search of a young offender at the police station as part of normal police procedure following his arrest for possession of a stolen licence plate was held not to be a violation of s. 8. Strip searches accompanied by the threat of a subsequent body cavity search as an incident to arrest have also been found not to infringe s. 8: *R. v. Miller*, [1993] B.C.J. No. 1613 (QL) (S.C.). On the other hand, a routine strip search of a female accused arrested for theft and possession of stolen property was held not to be authorized by the common law of search incident to arrest in *R. v. King*, [1999] O.J. No. 565 (QL) (Gen. Div.). Also, in *R. v. Kalin*, [1987] B.C.J. No. 2580 (QL) (Co. Ct.), a routine strip search conducted at the police station following an arrest for impaired driving was held to be unreasonable under s. 8 of the *Charter*. As these cases illustrate, there is inconsistency in the lower court decisions as to when strip searches are reasonable and when they are unreasonable under s. 8.

(d) *The Preconditions of a Lawful Strip Search Incident to Arrest at Common Law*

The appellant's position is that, given the negative impact of a strip search on an individual's privacy interests and psychological well-being, s. 8 should demand that at least probable cause be required to authorize strip searches and, absent exigent circumstances, a warrant. The intervener African Canadian Legal Clinic (ACLC) agrees with the appellant that probable cause and a warrant requirement should be required for strip searches to be constitutional under s. 8 of the *Charter*. The ACLC says that given the negative stereotyping of African Canadians by police and the large number of African Canadians who are stopped and searched by police, a public process of obtaining a warrant is required to reduce the danger of racist stereotyping

conformément à une politique systématique de la police, ne contrevenait pas à l'art. 8. De même, dans l'affaire *R. c. K.D.S.* (1990), 65 Man. R. (2d) 301 (B.R.), le tribunal a statué que la fouille à nu d'un jeune contrevenant effectuée au poste de police dans le cadre d'une procédure policière normale à la suite de son arrestation pour possession d'une plaque d'immatriculation volée n'était pas contraire à l'art. 8. Des fouilles à nu accessoires à une arrestation, accompagnées d'une menace d'examen subséquent des cavités corporelles, ont aussi été jugées conformes à l'art. 8 : *R. c. Miller*, [1993] B.C.J. No. 1613 (QL) (C.S.). Par contre, dans l'affaire *R. c. King*, [1999] O.J. No. 565 (QL) (Div. gén.), la cour a statué que la fouille à nu systématique d'une détenue accusée de vol et de possession de biens volés n'était pas autorisée par le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. En outre, dans l'affaire *R. c. Kalin*, [1987] B.C.J. No. 2580 (QL) (C. cté), la cour a conclu que la fouille à nu effectuée systématiquement au poste de police à la suite d'une arrestation pour conduite avec facultés affaiblies était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Comme le montrent ces décisions, il existe un manque de cohérence au sein des juridictions inférieures quant aux circonstances où les fouilles à nu sont raisonnables et celles où elles sont abusives au sens de l'art. 8.

d) *Les conditions préalables à une fouille à nu légale effectuée accessoirement à une arrestation en common law*

Selon l'appellant, étant donné l'effet négatif de la fouille à nu sur le droit à la vie privée et le bien-être psychologique de la personne qui la subit, l'art. 8 devrait exiger à tout le moins que les fouilles à nu soient autorisées seulement lorsqu'il existe des motifs raisonnables et, sauf dans des situations d'urgence, lorsqu'un mandat a été délivré. L'intervenante, African Canadian Legal Clinic (ACLC), est d'accord avec l'appellant pour dire que l'existence de motifs raisonnables et la délivrance d'un mandat devraient être exigées pour que les fouilles à nu soient constitutionnelles en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. L'ACLC affirme qu'un processus public d'obtention de mandats est nécessaire, en raison des préjugés qu'ont les agents de police au sujet

by individual police officers, who are more likely than a neutral arbiter to conclude that a strip search of a black person is appropriate. The intervener Aboriginal Legal Services of Toronto (ALST) also advocates a regime of prior authorization for strip searches and submits that the common law does not authorize warrantless strip searches except in the most exceptional circumstances, such as where there is an immediate threat to the safety of police and the public or a threat of immediate destruction of evidence. For its part, the intervener Canadian Civil Liberties Association proposes three limits on strip searches incident to arrest: (1) strip searches should be prohibited when less intrusive investigative steps are available; (2) police must have reasonable grounds to conduct strip searches, and (3) prior authorization in the form of a warrant should be required except in rare exigent circumstances.

des Afro-canadiens et du grand nombre d'Afro-canadiens ainsi soumis à des arrestations et à des fouilles, pour réduire le danger de décisions fondées sur des stéréotypes racistes de la part des agents de police, qui sont plus susceptibles qu'un arbitre neutre de conclure à la nécessité de soumettre un Noir à une fouille à nu. L'intervenante, Aboriginal Legal Services of Toronto (ALST), prône elle aussi un régime d'autorisation préalable des fouilles à nu et fait valoir que la common law n'autorise pas les fouilles à nu sans mandat, sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles, comme lorsqu'il y a une menace immédiate pour la sécurité de la police et du public ou risque de destruction immédiate de la preuve. Pour sa part, l'Association canadienne des libertés civiles, intervenante, propose trois limites aux fouilles à nu accessoires à une arrestation : (1) les fouilles à nu devraient être interdites lorsqu'il est possible de recourir à des méthodes d'enquête moins envahissantes; (2) les agents de police doivent avoir des motifs raisonnables de procéder à des fouilles à nu; (3) une autorisation préalable sous forme de mandat devrait être exigée, sauf dans de rares situations d'urgence.

82 The respondent's position is that the common law authorizes strip searches and is reasonable within the meaning of s. 8. The respondent says that the restrictions on searches outlined by this Court in *Cloutier, supra*, and *Stillman, supra*, are adequate to ensure that strip searches incident to arrest meet the requirements of s. 8. The interveners Attorney General for Ontario and the Canadian Association of Chiefs of Police both agree with the respondent that the common law authorizes strip searches and is reasonable.

La position de l'intimée est que la common law autorise les fouilles à nu et qu'elle n'est pas abusive au sens de l'art. 8. L'intimée dit que les restrictions applicables aux fouilles à nu qui ont été formulées par notre Cour dans les arrêts *Cloutier* et *Stillman*, précités, sont suffisantes pour faire en sorte que les fouilles à nu accessoires à une arrestation répondent aux exigences de l'art. 8. Le procureur général de l'Ontario et l'Association canadienne des chefs de police, intervenants, partagent tous deux la prétention de l'intimée que la common law autorise les fouilles à nu et qu'elle est raisonnable.

83 While the respondent and the interveners for the Crown sought to downplay the intrusiveness of strip searches, in our view it is unquestionable that they represent a significant invasion of privacy and are often a humiliating, degrading and traumatic experience for individuals subject to them. Clearly, the negative effects of a strip search can be minimized by the way in which they are carried out, but even the most sensitively conducted strip search is highly intrusive. Furthermore, we believe it is important

En dépit des efforts déployés par l'intimée et les intervenants en faveur du ministère public pour minimiser le caractère envahissant des fouilles à nu, il est à notre avis incontestable que ces fouilles constituent une atteinte importante à la vie privée et, souvent, une expérience humiliante, avilissante et traumatisante pour les personnes qui les subissent. Les effets négatifs d'une fouille à nu peuvent évidemment être réduits par la façon de procéder, mais même une fouille à nu effectuée de la façon la

to note the submissions of the ACLC and the ALST that African Canadians and Aboriginal people are overrepresented in the criminal justice system and are therefore likely to represent a disproportionate number of those who are arrested by police and subjected to personal searches, including strip searches (*Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991), vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, at p. 107; Cawsey Report, *Justice on Trial: Report of the Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Metis People of Alberta* (1991), vol. II, p. 7, recommendations 2.48 to 2.50; Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide* (1996), at pp. 33-39; Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System, *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System* (1995)). As a result, it is necessary to develop an appropriate framework governing strip searches in order to prevent unnecessary and unjustified strip searches before they occur.

The law is clear in Canada that warrantless searches are *prima facie* unreasonable under s. 8 of the *Charter* (*Hunter, supra*). Where a search is carried out without prior authorization in the form of a warrant, the burden is on the party seeking to justify the warrantless search to prove that it was not unreasonable (*Hunter*, at pp. 160-61). Searches of the person incident to arrest are an established exception to the general rule that warrantless searches are *prima facie* unreasonable. In considering the constitutionality of strip searches carried out as an incident to arrest, it is still important to bear in mind that warrantless searches are the exception and not the norm in Canadian law. While characterized as an exception to the normal rule that a search warrant is required for a lawful search, however, warrantless personal searches incident to arrest are an exception whose importance should not be underestimated. The practical reality is that warrantless searches of persons incident to arrest constitute the majority of searches conducted by police (see S. A. Cohen, "Search Incident to Arrest: How Broad an

plus délicate demeure très envahissante. De plus, nous croyons qu'il importe de tenir compte des observations soumises par l'ACLC et par l'ALST selon lesquelles les Afro-canadiens et les Autochtones sont surreprésentés dans le système de justice pénale et qu'ils sont par conséquent susceptibles de représenter un nombre disproportionné des personnes qui sont arrêtées par la police et soumises à des fouilles personnelles, y compris à des fouilles à nu (*Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991), vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, p. 107; Cawsey Report, *Justice on Trial : Report of the Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Metis People of Alberta* (1991), vol. II, p. 7, recommandations 2.48 à 2.50; Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles* (1996), p. 37-44; Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario, *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario* (1995)). Par conséquent, il est nécessaire d'élaborer un cadre approprié afin de prévenir les fouilles à nu inutiles et injustifiées avant même qu'elles ne se produisent.

Il est clair en droit canadien que les fouilles sans mandat sont à première vue abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte* (*Hunter, précité*). Lorsqu'une fouille est effectuée sans autorisation préalable, qui prendrait la forme d'un mandat, il incombe à la partie qui cherche à justifier la fouille sans mandat d'établir qu'elle n'est pas abusive (*Hunter*, p. 160-161). Les fouilles personnelles accessoires à une arrestation constituent une exception établie à la règle générale selon laquelle les fouilles sans mandat sont à première vue abusives. Pour apprécier la constitutionnalité des fouilles à nu effectuées accessoirement à l'arrestation, il importe toujours de se rappeler que les fouilles sans mandat sont l'exception et non la norme en droit canadien. Bien que qualifiées d'exceptions à la règle générale selon laquelle une fouille légale nécessite l'obtention d'un mandat, les fouilles personnelles effectuées sans mandat accessoirement à une arrestation constituent une exception dont l'importance ne doit pas être sous-estimée. En fait, ce type de fouilles représentent la majorité

Exception to the Warrant Requirement?" (1988), 63 C.R. (3d) 182, at p. 184; LaFave, *supra*, at pp. 68-69; D. Newman, "Stripping Matters to Their Core: Intrusive Searches of the Person in Canadian Law" (1999), 4 *Can. Crim. L.R.* 85, at p. 94; D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (3rd ed. 2001), at pp. 206-7; and Law Reform Commission of Canada, *Report on Recodifying Criminal Procedure* (1991), vol. 1, at p. 46).

des fouilles effectuées par la police (voir S. A. Cohen, « Search Incident to Arrest : How Broad an Exception to the Warrant Requirement? » (1988), 63 C.R. (3d) 182, p. 184; LaFave, *op. cit.*, p. 68-69; D. Newman, « Stripping Matters to Their Core : Intrusive Searches of the Person in Canadian Law » (1999), 4 *Rev. can. D.P.* 85, p. 94; D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (3^e éd. 2001), p. 206-207; et la Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport : Pour une nouvelle codification de la procédure pénale* (1991), vol. 1, p. 48-49).

85

There have been some legislative developments in Canada concerning specific types of personal searches, such as breathalyzer and blood sample demands in the impaired driving context (s. 254(3)(a) and (b) of the *Criminal Code*) and the taking of DNA evidence (ss. 487.04 to 487.09 of the *Criminal Code*). However, these specific areas of legislation governing searches of the person are directed at the circumstances under which particular types of evidence may be obtained from a person. In this sense, they are more concerned with how and when particular evidence may be seized from a person rather than with the scope of police powers to conduct personal searches for evidence or weapons incident to arrest. In the absence of legislative guidance, it falls to this Court to determine the scope of the common law power to search as an incident to arrest, and what the limits are to this power in the context of strip searches.

Le droit législatif canadien a connu certains développements en ce qui concerne certains types particuliers de fouilles personnelles, notamment le prélèvement d'échantillons d'haleine ou de sang dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies (al. 254(3)a) et b) du *Code criminel*) et le prélèvement de substances corporelles à des fins d'analyse de l'ADN (art. 487.04 à 487.09 du *Code criminel*). Toutefois, ces domaines particuliers d'exercice du pouvoir législatif en matière de fouilles personnelles visent les circonstances dans lesquelles il est possible d'obtenir d'une personne des types précis d'éléments de preuve. En ce sens, ils portent davantage sur la question de savoir quand et comment il est possible de saisir des éléments de preuve auprès d'une personne que sur la portée des pouvoirs de la police d'effectuer des fouilles personnelles accessoires à une arrestation à la recherche d'éléments de preuve ou d'armes. En l'absence de directives législatives, il incombe à notre Cour de déterminer la portée du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, ainsi que les limites applicables à ce pouvoir dans le contexte des fouilles à nu.

86

This Court has stated in many previous decisions that the common law must be interpreted in a manner that is consistent with *Charter* principles (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Cloutier, supra*). Where the common law is out of step with the *Charter* and it is possible to change the common law rule without upsetting the proper balance between judicial and legislative action, then the common law rule should be changed (*Salituro*,

Notre Cour a déjà statué à maintes occasions que la common law doit être interprétée d'une façon compatible avec les principes de la *Charte* (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Cloutier*, précité). Lorsque la common law n'est pas conforme à la *Charte* et qu'il est possible de modifier la règle de common law sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative, il faut modifier la règle de common law

supra, at pp. 675-76; *R. v. Pan*, [2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42).

While the common law authorities discussed above support the general proposition that a warrantless search conducted incident to arrest is permitted under the common law, the scope of this common law search power is less clear: *Caslake*, *supra*, at paras. 14-15. Thus, the task in the present case is to delineate the scope of the common law power as it pertains to warrantless strip searches carried out as an incident to lawful arrest in a way that is consistent with the *Charter* right to be protected against unreasonable search and seizure. As Lamer C.J. stated in *Caslake*, because there are no clear limits on the power to search incident to arrest it is “the courts’ responsibility to set boundaries which allow the state to pursue its legitimate interests, while vigorously protecting individuals’ right to privacy” (*Caslake*, *supra*, at para. 15). It is important to note that the discussion below relates only to the permissible scope of strip searches incident to arrest, as defined in these reasons. For greater clarity, if it appears during the course of a strip search that the detainee is concealing a weapon or evidence inside a body cavity, and the detainee refuses to co-operate, then in order to obtain the object in question the police officer must likely exceed the realm of the strip search and enter the realm of the body cavity search. More intrusive searches of the person such as this involve a higher degree of infringement of personal dignity and privacy as well as additional medical concerns and, accordingly, a higher degree of justification will be required before such a search can be carried out. In addition, more intrusive searches will be subject to greater constraints as to the manner in which they may be reasonably performed.

As noted by Dickson C.J. in *Simmons*, *supra*, the different types of searches raise different constitutional considerations: the more intrusive the search,

(*Salinuro*, précité, p. 675-676; *R. c. Pan*, [2001] 2 R.C.S. 344, 2001 CSC 42).

Bien que la jurisprudence de common law susmentionnée appuie la proposition générale selon laquelle la common law permet de procéder sans mandat à des fouilles accessoires à une arrestation, l’étendue de ce pouvoir de common law est moins clairement définie : *Caslake*, précité, par. 14-15. Par conséquent, il s’agit en l’espèce de délimiter l’étendue du pouvoir de common law de procéder à une fouille à nu sans mandat accessoirement à une arrestation légale sans porter atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par la *Charte*. Comme l’a dit le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Caslake*, puisqu’il n’y a pas de limites facilement constatables au pouvoir d’effectuer la fouille accessoire à une arrestation, il appartient « aux tribunaux de fixer les bornes à l’intérieur desquelles l’État peut poursuivre la réalisation de ses intérêts légitimes, tout en protégeant vigoureusement le droit à la vie privée des particuliers » (*Caslake*, précité, par. 15). Il faut noter que l’examen qui suit ne porte que sur l’étendue acceptable des fouilles à nu accessoires à une arrestation, telles qu’elles sont définies dans les présents motifs. Par souci de clarté, précisons que si, au cours d’une fouille à nu, il s’avère que la personne détenue cache une arme ou un élément de preuve à l’intérieur de l’une de ses cavités corporelles et refuse de collaborer, l’agent de police devra vraisemblablement, pour récupérer l’objet en cause, dépasser les limites de la fouille à nu et passer à l’examen de la cavité corporelle en cause. Les fouilles personnelles plus envahissantes, comme cette dernière, impliquent une atteinte plus grave à la dignité et à la vie privée de la personne ainsi que des considérations médicales supplémentaires, de sorte qu’un degré de justification plus élevé doit être établi pour pouvoir y procéder. En outre, les fouilles plus envahissantes sont assujetties à des contraintes plus serrées quant à la manière dont elles peuvent être effectuées pour ne pas être abusives.

Ainsi que l’a noté le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Simmons*, précité, les différents types de fouilles soulèvent des considérations constitutionnelles

the greater the degree of justification and constitutional protection that is appropriate: *Simmons*, at p. 517. The party seeking to uphold the validity of a warrantless personal search will face a lower burden in the case of a quick pat or frisk search than in the case of a highly invasive body cavity search.

différentes : plus la fouille est envahissante, plus le degré de justification et de protection constitutionnelle est élevé : *Simmons*, précité, p. 517. La partie qui cherche à faire reconnaître la validité d'une fouille effectuée sans mandat doit, lorsqu'il s'agit d'une fouille sommaire ou par palpation, s'acquitter d'un fardeau moins élevé que s'il s'agissait d'un examen des cavités corporelles hautement envahissant.

89

Given that the purpose of s. 8 of the *Charter* is to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy, it is necessary to have a means of preventing unjustified searches before they occur, rather than simply determining after the fact whether the search should have occurred (*Hunter, supra*, at p. 160). The importance of preventing unjustified searches before they occur is particularly acute in the context of strip searches, which involve a significant and very direct interference with personal privacy. Furthermore, strip searches can be humiliating, embarrassing and degrading for those who are subject to them, and any *post facto* remedies for unjustified strip searches cannot erase the arrestee's experience of being strip searched. Thus, the need to prevent unjustified searches before they occur is more acute in the case of strip searches than it is in the context of less intrusive personal searches, such as pat or frisk searches. As was pointed out in *Flintoff, supra*, at p. 257, "[s]trip-searching is one of the most intrusive manners of searching and also one of the most extreme exercises of police power".

Comme l'art. 8 de la *Charte* a pour objet de protéger les personnes contre les atteintes injustifiées que l'État pourrait porter à leur vie privée, il faut disposer d'un moyen de prévenir les fouilles injustifiées avant même qu'elles ne se produisent, plutôt que simplement d'un moyen de déterminer après le fait si elles auraient dû être effectuées (*Hunter*, précité, p. 160). La nécessité de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent est d'une importance particulièrement critique dans le contexte des fouilles à nu, puisque celles-ci portent une atteinte importante et très directe au droit à la vie privée. De plus, les fouilles à nu peuvent être humiliantes, gênantes et avilissantes pour les personnes qui les subissent, et aucune réparation subséquente à une fouille à nu injustifiée ne saurait faire oublier l'expérience vécue par la personne arrêtée qui l'a subie. La nécessité de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent est donc plus impérieuse dans le cas des fouilles à nu qu'elle ne l'est dans le contexte de fouilles personnelles moins envahissantes, comme les fouilles sommaires ou par palpation. Ainsi qu'il a été mentionné dans l'arrêt *Flintoff*, précité, p. 257, [TRADUCTION] « [I]a fouille à nu est l'une des manières les plus envahissantes de fouiller ou de perquisitionner, et aussi l'un des exercices les plus extrêmes du pouvoir de la police ».

90

Strip searches are thus inherently humiliating and degrading for detainees regardless of the manner in which they are carried out and for this reason they cannot be carried out simply as a matter of routine policy. The adjectives used by individuals to describe their experience of being strip searched give some sense of how a strip search, even one that is carried out in a reasonable manner, can affect detainees: "humiliating", "degrading",

Les fouilles à nu sont donc fondamentalement humiliantes et avilissantes pour les personnes détenues, peu importe la manière dont elles sont effectuées; voilà pourquoi l'on ne peut tout simplement y recourir systématiquement dans le cadre d'une politique. Les qualificatifs employés par les personnes pour décrire l'expérience qu'elles ont vécue lorsqu'elles ont été ainsi fouillées donnent une idée de la façon dont une fouille à nu, même

“demeaning”, “upsetting”, and “devastating” (see *King, supra*; *R. v. Christopher*, [1994] O.J. No. 3120 (QL) (Gen. Div.); J. S. Lyons, Toronto Police Services Board Review, *Search of Persons Policy — The Search of Persons — A Position Paper* (April 12, 1999)). Some commentators have gone as far as to describe strip searches as “visual rape” (P. R. Shuldiner, “Visual Rape: A Look at the Dubious Legality of Strip Searches” (1979), 13 *J. Marshall L. Rev.* 273). Women and minorities in particular may have a real fear of strip searches and may experience such a search as equivalent to a sexual assault (Lyons, *supra*, at p. 4). The psychological effects of strip searches may also be particularly traumatic for individuals who have previously been subject to abuse (Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston, *The Prison for Women in Kingston* (1996), at pp. 86-89). Routine strip searches may also be distasteful and difficult for the police officers conducting them (Lyons, *supra*, at pp. 5-6).

In order for a strip search to be justified as an incident to arrest, it is of course necessary that the arrest itself be lawful. In the present case, there is no question that the arrest was lawful. While the appellant disputes the lawfulness of arrest, the trial judge and the Court of Appeal concluded that there were reasonable and probable grounds for making the arrest, and we see no reason to dispute this conclusion. Thus, the first requirement of a valid search incident to arrest was met in this case.

The second requirement before a strip search incident to arrest may be performed is that the search must be incident to the arrest. What this means is that the search must be related to the reasons for the arrest itself. As expressed by Lamer C.J. in *Caslake, supra*, at para. 17, a search “is only justifiable if the purpose of the search is related to the purpose of the arrest”. In the present case,

lorsqu’elle est effectuée de façon raisonnable et non abusive, peut affliger les personnes détenues : « humiliant », « dégradant », « avilissant », « bouleversant » et « dévastateur » (voir *King*, précité; *R. c. Christopher*, [1994] O.J. No. 3120 (QL) (Div. gén.); J. S. Lyons, Toronto Police Services Board Review, *Search of Persons Policy — The Search of Persons — A Position Paper* (12 avril 1999)). Certains commentateurs vont jusqu’à parler de [TRADUCTION] « viol visuel » pour décrire les fouilles à nu (P. R. Shuldiner, « Visual Rape : A Look at the Dubious Legality of Strip Searches » (1979), 13 *J. Marshall L. Rev.* 273). Les femmes et les minorités en particulier peuvent éprouver une véritable crainte des fouilles à nu et vivre de telles fouilles comme une expérience équivalant à une agression sexuelle (Lyons, *op. cit.*, p. 4). Sur le plan psychologique, les fouilles à nu peuvent être particulièrement traumatisantes pour les personnes qui ont déjà subi des agressions (Commission d’enquête sur certains événements survenus à la Prison des femmes de Kingston, *La Prison des femmes de Kingston* (1996), p. 93-97). Les fouilles à nu systématiques peuvent aussi constituer une expérience désagréable et difficile pour les agents de police qui les effectuent (Lyons, *op. cit.*, p. 5-6).

Pour qu’une fouille à nu puisse être justifiée comme accessoire à une arrestation, il faut nécessairement, bien sûr, que l’arrestation elle-même soit légale. En l’espèce, il ne fait aucun doute que l’arrestation était légale. Même si l’appelant conteste la légalité de l’arrestation, le juge du procès et la Cour d’appel ont conclu qu’il existait des motifs raisonnables de procéder à l’arrestation et nous ne voyons aucune raison de modifier cette conclusion. La première exigence relative à la validité d’une fouille à nu accessoire à une arrestation était donc respectée en l’espèce.

La deuxième exigence à respecter pour qu’une fouille à nu accessoire à une arrestation puisse être effectuée a trait au caractère accessoire de la fouille par rapport à l’arrestation. Cela signifie que la fouille doit avoir un lien avec les motifs de l’arrestation en soi. Ainsi que l’a mentionné le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Caslake*, précité, par. 17, la fouille « ne peut se justifier que si son but est lié à

the strip search was related to the purpose of the arrest. The arrest was for drug trafficking and the purpose of the search was to discover illegal drugs secreted on the appellant's person. Had the appellant been arrested for a different reason, such as for a traffic violation, the common law would not have conferred on the police the authority to conduct a strip search for drugs, even if the police had knowledge of previous involvement in drug related offences, since the reason for the search would have been unrelated to the purpose of the arrest. In the circumstances of the present case, we conclude that the search was conducted incident to the arrest.

93

The reasonableness of a search for evidence is governed by the need to preserve the evidence and to prevent its disposal by the arrestee. Where arresting officers suspect that evidence may have been secreted on areas of the body that can only be exposed by a strip search, the risk of disposal must be reasonably assessed in the circumstances. For instance, in the present case, it was suggested that the appellant might have dropped the drugs on the sidewalk or in the police cruiser on the way to the station and that it was therefore necessary to search him in the field. As we discuss below, however, the risk of his disposing of the evidence on the way to the police station was low and, had the evidence been dropped in the police cruiser on the way to the station, circumstantial evidence could easily link it back to the accused.

94

In addition to searching for evidence related to the reason for the arrest, the common law also authorizes police to search for weapons as an incident to arrest for the purpose of ensuring the safety of the police, the detainee and other persons. However, a "frisk" or "pat-down" search at the point of arrest will generally suffice for the purposes of determining if the accused has secreted weapons on

celui de l'arrestation ». En l'espèce, la fouille à nu était liée au but de l'arrestation. Il s'agissait d'une arrestation pour trafic de stupéfiants et l'objet de la fouille était de découvrir des drogues illégales cachées sur la personne de l'appellant. Si l'appellant avait été arrêté pour une raison différente, comme une contravention à un règlement de la circulation, la common law n'aurait pas conféré à la police le pouvoir d'effectuer une fouille à nu à la recherche de stupéfiants, même si la police savait que la personne avait déjà perpétré des infractions relatives aux stupéfiants, puisque le motif de la fouille n'aurait pas eu de lien avec le but de l'arrestation. Dans les circonstances de l'espèce, nous concluons que la fouille a été effectuée accessoirement à l'arrestation.

Le caractère raisonnable d'une fouille visant la preuve tient à la nécessité de préserver la preuve et d'empêcher la personne arrêtée de la faire disparaître. Lorsque les agents qui procèdent à l'arrestation soupçonnent que des éléments de preuve peuvent avoir été cachés dans des parties du corps que seule une fouille à nu peut permettre d'examiner, ils doivent évaluer de façon raisonnable le risque de disparition de la preuve dans les circonstances. En l'espèce, par exemple, le ministère public a fait valoir que l'appellant aurait pu laisser tomber les stupéfiants sur le trottoir, ou encore dans la voiture de police lors du trajet à destination du poste de police, et qu'il était donc nécessaire de le soumettre à une fouille sur les lieux. Ainsi que nous le verrons plus loin, le risque que l'appellant fasse disparaître l'élément de preuve lors du trajet à destination du poste de police était faible et, même s'il l'avait laissé tomber dans la voiture de police lors du trajet vers le poste de police, la preuve circonstancielle aurait permis d'établir facilement un lien entre cet élément et l'accusé.

Outre la recherche d'éléments de preuve liés au motif de l'arrestation, la common law autorise aussi la police, lors d'une arrestation, à rechercher des armes afin d'assurer la sécurité de la police, celle de la personne détenue et celle d'autrui. Toutefois, une fouille sommaire ou par palpation sur les lieux de l'arrestation suffit généralement à déterminer si l'accusé a caché des armes sur lui. Ce n'est que si

his person. Only if the frisk search reveals a possible weapon secreted on the detainee's person or if the particular circumstances of the case raise the risk that a weapon is concealed on the detainee's person will a strip search be justified. Whether searching for evidence or for weapons, the mere possibility that an individual may be concealing evidence or weapons upon his person is not sufficient to justify a strip search.

The requirement that the strip search be for evidence related to the grounds for the arrest or for weapons reflects the twin rationales for the common law power of search incident to arrest. Strip searches cannot be carried out as a matter of routine police department policy applicable to all arrestees, whether they are arrested for impaired driving, public drunkenness, shoplifting or trafficking in narcotics. The fact that a strip search is conducted as a matter of routine policy and is carried out in a reasonable manner does not render the search reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*. A strip search will always be unreasonable if it is carried out abusively or for the purpose of humiliating or punishing the arrestee. Yet a "routine" strip search carried out in good faith and without violence will also violate s. 8 where there is no compelling reason for performing a strip search in the circumstances of the arrest.

It may be useful to distinguish between strip searches immediately incidental to arrest, and searches related to safety issues in a custodial setting. We acknowledge the reality that where individuals are going to be entering the prison population, there is a greater need to ensure that they are not concealing weapons or illegal drugs on their persons prior to their entry into the prison environment. However, this is not the situation in the present case. The type of searching that may be appropriate before an individual is integrated into the prison population cannot be used as a means of justifying extensive strip searches on the street or routine strip searches of individuals who are detained briefly by police, such as intoxicated individuals held overnight in police cells:

la fouille sommaire révèle que la personne détenue cache peut-être sur elle une arme ou que les circonstances particulières de l'espèce soulèvent le risque qu'elle ait sur elle une arme cachée qu'une fouille à nu sera justifiée. Qu'il s'agisse de déceler des éléments de preuve ou des armes, la seule possibilité qu'une personne puisse cacher des éléments de preuve ou une arme sur sa personne ne suffit pas en soi à justifier une fouille à nu.

La nécessité que la fouille à nu vise des éléments de preuve liés aux motifs de l'arrestation ou des armes reflète le double fondement du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Il n'est pas loisible en effet de procéder à des fouilles à nu systématiques en vertu d'une politique de la police applicable à toutes les personnes arrêtées, que le motif de leur arrestation soit la conduite avec facultés affaiblies, l'ivresse publique, le vol à l'étalage ou le trafic de stupéfiants. Le fait qu'une fouille à nu soit effectuée dans le cadre d'une politique systématique de la police et qu'elle soit pratiquée de façon raisonnable ne change rien à son caractère abusif au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Une fouille à nu sera toujours abusive si elle est effectuée de façon excessive ou afin d'humilier ou de punir la personne arrêtée. Une fouille à nu « systématique » même effectuée de bonne foi et sans violence contreviendra elle aussi à l'art. 8 s'il n'existe aucune raison impérieuse d'y procéder dans les circonstances de l'arrestation.

Il peut être utile d'établir une distinction entre les fouilles à nu immédiatement accessoires à une arrestation et les fouilles liées à des questions de sécurité dans un cadre de détention. Nous reconnaissons la nécessité réelle et plus grande de s'assurer que les personnes qui entrent dans un établissement carcéral ne cachent pas sur elles des armes ou des drogues illégales. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Le type de fouille qui peut être approprié avant d'introduire une personne dans le milieu carcéral ne peut servir à justifier le recours à des fouilles à nu envahissantes dans la rue ou à des fouilles à nu systématiques sur les personnes qui sont détenues pendant de brèves périodes par la police, telles les personnes en état d'ivresse qui passent la nuit dans les cellules du poste de police :

95

96

R. v. Toulouse, [1994] O.J. No. 2746 (QL) (Prov. Div.).

R. c. Toulouse, [1994] O.J. No. 2746 (QL) (Div. prov.).

97

The difference between the prison context and the short term detention context is expressed well by Duncan J. in the recent case of *R. v. Coulter*, [2000] O.J. No. 3452 (QL) (C.J.), at paras. 26-27, which involved a routine strip search carried out incident to an arrest and short term detention in police cells for impaired driving. Duncan J. noted that whereas strip searching could be justified when introducing an individual into the prison population to prevent the individual from bringing contraband or weapons into prison, different considerations arise where the individual is only being held for a short time in police cells and will not be mingling with the general prison population. While we recognize that police officers have legitimate concerns that short term detainees may conceal weapons that they could use to harm themselves or police officers, these concerns must be addressed on a case-by-case basis and cannot justify routine strip searches of all arrestees.

La différence entre le contexte carcéral et celui de la détention à court terme est bien décrite par le juge Duncan dans la récente décision *R. c. Coulter*, [2000] O.J. No. 3452 (QL) (C.J.), par. 26-27, qui portait sur une fouille à nu systématique pratiquée accessoirement à une arrestation et à une détention à court terme dans les cellules du poste de police relativement à une infraction de conduite avec facultés affaiblies. Selon le juge Duncan, si la fouille à nu peut se justifier lorsqu'il s'agit d'introduire une personne en milieu carcéral, et qu'on veut l'empêcher d'apporter sur elle des objets interdits ou des armes, il en est tout autrement de la situation où la personne n'est détenue que pour une courte période dans les cellules du poste de police, sans être mêlée à la population carcérale générale. Si nous reconnaissons que des agents de police peuvent avoir des préoccupations légitimes quant au risque que des détenus à court terme cachent des armes qu'ils pourraient retourner contre eux-mêmes ou employer pour les blesser, il n'en demeure pas moins que ces préoccupations doivent être traitées au cas par cas et qu'elles ne peuvent justifier qu'on procède systématiquement à la fouille à nu de toutes les personnes arrêtées.

98

The fact that the police have reasonable and probable grounds to carry out an arrest does not confer upon them the automatic authority to carry out a strip search, even where the strip search meets the definition of being "incident to lawful arrest" as discussed above. Rather, additional grounds pertaining to the purpose of the strip search are required. In *Cloutier, supra*, this Court concluded that a common law search incident to arrest does not require additional grounds beyond the reasonable and probable grounds necessary to justify the lawfulness of the arrest itself: *Cloutier, supra*, at pp. 185-86. However, this conclusion was reached in the context of a "frisk" search, which involved a minimal invasion of the detainee's privacy and personal integrity. In contrast, a strip search is a much more intrusive search and, accordingly, a higher degree of justification is required in order to support the higher degree of interference with individual

Le fait que les agents de police aient des motifs raisonnables de procéder à une arrestation ne leur confère pas automatiquement le pouvoir de procéder à une fouille à nu, même lorsque cette fouille à nu est effectivement « accessoire à une arrestation légale » selon la définition énoncée plus tôt. Il faut au contraire qu'il existe des motifs supplémentaires qui soient liés à l'objet de la fouille à nu. Dans l'arrêt *Cloutier*, précité, notre Cour a conclu qu'une fouille accessoire à une arrestation en common law n'a pas à être justifiée par d'autres motifs que les motifs raisonnables et probables nécessaires pour justifier la légalité de l'arrestation elle-même : *Cloutier*, précité, p. 185-186. Cette conclusion a toutefois été tirée dans le contexte d'une fouille sommaire, qui ne portait qu'une atteinte minimale à la vie privée et à l'intégrité personnelle du détenu. Par contraste, une fouille à nu est beaucoup plus envahissante et, partant, elle commande un degré

freedom and dignity. In order to meet the constitutional standard of reasonableness that will justify a strip search, the police must establish that they have reasonable and probable grounds for concluding that a strip search is necessary in the particular circumstances of the arrest.

In light of the serious infringement of privacy and personal dignity that is an inevitable consequence of a strip search, such searches are only constitutionally valid at common law where they are conducted as an incident to a lawful arrest for the purpose of discovering weapons in the detainee's possession or evidence related to the reason for the arrest. In addition, the police must establish reasonable and probable grounds justifying the strip search in addition to reasonable and probable grounds justifying the arrest. Where these preconditions to conducting a strip search incident to arrest are met, it is also necessary that the strip search be conducted in a manner that does not infringe s. 8 of the *Charter*.

Parliament could require that strip searches be authorized by warrants or telewarrants, which would heighten compliance with the *Charter*. At a minimum, if there is no prior judicial authorization for the strip search, several factors should be considered by the authorities in deciding whether, and if so how, to conduct such a procedure.

In this connection, we find the guidelines contained in the English legislation, P.A.C.E. concerning the conduct of strip searches to be in accordance with the constitutional requirements of s. 8 of the *Charter*. The following questions, which draw upon the common law principles as well as the statutory requirements set out in the English legislation, provide a framework for the police in deciding how best to conduct a strip search incident to arrest in compliance with the *Charter*:

1. Can the strip search be conducted at the police station and, if not, why not?

plus élevé de justification pour appuyer l'atteinte plus grave portée à la liberté et à la dignité de la personne. Pour satisfaire à la norme constitutionnelle du caractère raisonnable justifiant la fouille à nu, les agents de police doivent établir qu'ils avaient des motifs raisonnables de conclure qu'une fouille à nu était nécessaire dans les circonstances particulières de l'arrestation.

Eu égard à l'atteinte grave à la vie privée et à la dignité de la personne qui découle inévitablement d'une fouille à nu, les fouilles de cette nature ne sont constitutionnelles en common law que lorsqu'elles sont effectuées accessoirement à une arrestation légale afin de découvrir des armes que la personne détenue a en sa possession ou des éléments de preuve liés au motif de l'arrestation. La police doit aussi établir l'existence de motifs raisonnables qui justifient la fouille à nu en plus des motifs raisonnables qui justifient l'arrestation. Une fois réunies ces conditions préalables à l'exécution d'une fouille à nu accessoire à une arrestation, il faut nécessairement s'assurer que la fouille à nu est effectuée d'une manière qui ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte*.

Le législateur pourrait prescrire l'obtention de mandats ou de télémandats autorisant les fouilles à nu, ce qui renforcerait le respect de la *Charte*. En l'absence d'autorisation judiciaire préalable de la fouille à nu, il faut à tout le moins que les autorités prennent plusieurs facteurs en considération pour décider s'il y a lieu de procéder à un tel exercice et, le cas échéant, de quelle façon.

À cet égard, nous estimons que les lignes directrices relatives aux fouilles à nu énoncées dans les dispositions législatives britanniques de la P.A.C.E. correspondent aux exigences constitutionnelles de l'art. 8 de la *Charte*. Les questions suivantes, qui découlent des principes de la common law tout autant que des exigences énoncées dans les dispositions législatives britanniques, offrent à la police un cadre lui permettant de décider de la meilleure façon de procéder à une fouille à nu dans le respect de la *Charte* :

1. La fouille à nu peut-elle être effectuée au poste de police et, dans la négative, pourquoi?

- | | |
|--|---|
| <p>2. Will the strip search be conducted in a manner that ensures the health and safety of all involved?</p> <p>3. Will the strip search be authorized by a police officer acting in a supervisory capacity?</p> <p>4. Has it been ensured that the police officer(s) carrying out the strip search are of the same gender as the individual being searched?</p> <p>5. Will the number of police officers involved in the search be no more than is reasonably necessary in the circumstances?</p> <p>6. What is the minimum of force necessary to conduct the strip search?</p> <p>7. Will the strip search be carried out in a private area such that no one other than the individuals engaged in the search can observe the search?</p> <p>8. Will the strip search be conducted as quickly as possible and in a way that ensures that the person is not completely undressed at any one time?</p> <p>9. Will the strip search involve only a visual inspection of the arrestee's genital and anal areas without any physical contact?</p> <p>10. If the visual inspection reveals the presence of a weapon or evidence in a body cavity (not including the mouth), will the detainee be given the option of removing the object himself or of having the object removed by a trained medical professional?</p> <p>11. Will a proper record be kept of the reasons for and the manner in which the strip search was conducted?</p> | <p>2. La fouille à nu sera-t-elle effectuée d'une façon qui protège la santé et la sécurité de toutes les personnes en jeu?</p> <p>3. La fouille à nu sera-t-elle autorisée par un agent de police agissant à titre d'officier supérieur?</p> <p>4. A-t-on fait en sorte que le ou les agents de police chargés d'effectuer la fouille à nu soient du même sexe que la personne qui y est soumise?</p> <p>5. Le nombre de policiers chargés de la fouille à nu se limiterait-il à ce qui est raisonnablement nécessaire dans les circonstances?</p> <p>6. Quelle est la force minimale nécessaire pour effectuer la fouille à nu?</p> <p>7. La fouille à nu sera-t-elle effectuée dans un endroit privé où personne ne pourra l'observer, sauf les personnes chargées d'y procéder?</p> <p>8. La fouille à nu sera-t-elle effectuée de la façon la plus expéditive possible et d'une manière qui fera en sorte que la personne ne soit jamais totalement nue?</p> <p>9. La fouille à nu comportera-t-elle seulement une inspection visuelle des régions génitale et anale de la personne, sans contact physique?</p> <p>10. Si l'inspection visuelle révèle la présence d'une arme ou d'un élément de preuve dans une cavité corporelle (à l'exception de la bouche), la personne détenue aura-t-elle le choix d'enlever elle-même l'objet ou de le faire enlever par un professionnel qualifié des services de santé?</p> <p>11. Un procès-verbal des motifs et des modalités d'exécution de la fouille à nu sera-il dressé?</p> |
|--|---|

102

Strip searches should generally only be conducted at the police station except where there are exigent circumstances requiring that the detainee be searched prior to being transported to the police station. Such exigent circumstances will only be established where the police have reasonable and probable grounds to believe that it is necessary to conduct the search in the field rather than at the police station. Strip searches conducted in the field

Les fouilles à nu ne devraient généralement être effectuées qu'au poste de police, sauf dans des situations d'urgence exigeant que le détenu soit soumis à une fouille avant son transport au poste de police. De telles situations d'urgence ne peuvent être établies que dans les cas où la police a des motifs raisonnables de croire qu'il est nécessaire d'effectuer la fouille sur les lieux plutôt qu'au poste de police. Les fouilles à nu sur les lieux ne peuvent

could only be justified where there is a demonstrated necessity and urgency to search for weapons or objects that could be used to threaten the safety of the accused, the arresting officers or other individuals. The police would also have to show why it would have been unsafe to wait and conduct the strip search at the police station rather than in the field. Strip searches conducted in the field represent a much greater invasion of privacy and pose a greater threat to the detainee's bodily integrity and, for this reason, field strip searches can only be justified in exigent circumstances.

Having said all this, we believe that legislative intervention could be an important addition to the guidance set out in these reasons concerning the conduct of strip searches incident to arrest. Clear legislative prescription as to when and how strip searches should be conducted would be of assistance to the police and to the courts.

(2) If the Common Law Power to Search Incident to Arrest Permits a Strip Search, is the Common Law Unreasonable?

Given our conclusion that the common law does permit a strip search to be conducted as an incident to a lawful arrest, the question is whether the common law is unreasonable in this respect within the meaning of s. 8 of the *Charter*. In our view, as interpreted above, the common law power to search incident to arrest conforms with the constitutional protection against unreasonable search and seizure contained in s. 8 of the *Charter*. The common law rule as delineated above governs the conduct of strip searches incident to arrest and ensures that such searches are only carried out where the police establish reasonable and probable grounds for a strip search for the purpose of discovering weapons or seizing evidence related to the offence for which the detainee was arrested. Furthermore, the factors set out above ensure that when strip searches are carried out as an incident to arrest, they are conducted in a manner that interferes with the privacy

être justifiées que lorsque sont établies la nécessité et l'urgence de trouver des armes ou des objets qui pourraient être utilisés pour menacer la sécurité de l'accusé, celle des agents procédant à l'arrestation ou celle d'autrui. Les agents de police doivent aussi établir pourquoi il aurait été dangereux de reporter la fouille à nu jusqu'à l'arrivée au poste de police plutôt que d'y procéder sur les lieux. Les fouilles à nu effectuées sur les lieux constituent une atteinte beaucoup plus grave à la vie privée et posent une plus grande menace pour l'intégrité physique de la personne détenue; voilà pourquoi les fouilles à nu effectuées sur les lieux ne peuvent être justifiées que dans des situations d'urgence.

Cela dit, nous croyons qu'une intervention législative pourrait apporter un complément important aux lignes directrices sur les fouilles à nu accessoires à une arrestation énoncées dans les présents motifs. Des dispositions législatives prescrivant clairement quand et comment les fouilles à nu devraient être effectuées seraient très utiles à la police comme aux tribunaux.

(2) Si le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation permet les fouilles à nu, la common law est-elle abusive?

Vu notre conclusion que la common law permet de procéder à une fouille à nu accessoire à une arrestation légale, il s'agit maintenant de déterminer si la common law est abusive à cet égard au sens de l'art. 8 de la *Charte*. À notre avis, selon l'interprétation donnée plus haut, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est conforme à la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garantie à l'art. 8 de la *Charte*. La règle de common law décrite plus tôt régit l'exécution des fouilles à nu accessoires à une arrestation et garantit que de telles fouilles ne sont effectuées que lorsque la police établit l'existence de motifs raisonnables justifiant d'y procéder afin de découvrir des armes ou de saisir des éléments de preuve liés à l'infraction pour laquelle le détenu a été arrêté. De plus, les facteurs susmentionnés garantissent que, le cas échéant, les fouilles à nu auxquelles on procède

103

104

and dignity of the person being searched as little as possible. Attention to these issues will also ensure that the proper balance is struck between the privacy interests of the person being searched and the interests of the police and of the public in preserving relevant evidence and ensuring the safety of police officers, detained persons and the public. We conclude therefore that the common law of search incident to arrest, which permits strip searches, does not violate s. 8 of the *Charter*.

(3) Was the Strip Search Conducted in this Case Carried Out in a Reasonable Manner?

105

In light of the constitutional requirements set out above for a valid strip search incident to arrest, we are of the view that the search at issue in this appeal was unreasonable, and violated the appellant's rights guaranteed under s. 8 of the *Charter*. In this respect, it is critical to underscore that where the reasonableness of a strip search is challenged, it is the Crown that bears the onus of proving its legality. It thus must convince the court on a balance of probabilities that either (1) reasonable and probable grounds, as well as exigent circumstances existed, and therefore, a strip search "in the field" was warranted and was conducted in a reasonable manner; or (2) that reasonable grounds existed, that the strip search was carried out at a police station, and conducted in a reasonable manner. Because strip searches are of such an invasive character, they must be considered *prima facie* unreasonable. It is up to the state to rebut this presumption because it is in the best position to know and explain why the search took place, and why it was conducted in the manner and circumstances that it did. This onus rests upon the Crown in any case involving a strip search, as defined in these reasons.

106

In the present case, the Crown sought to distinguish the first part of the search in the stairwell from the subsequent efforts to seize the plastic wrap from the appellant's buttocks after he was brought back

accessoirement à une arrestation sont effectuées d'une manière qui porte le moins possible atteinte au droit à la vie privée et à la dignité de la personne qui y est soumise. L'attention portée à ces questions permettra d'atteindre un juste équilibre entre le droit à la vie privée de la personne soumise à la fouille et les intérêts qu'ont la police et le public à ce que les preuves pertinentes soient conservées et que soit assurée la sécurité des agents de police, des personnes détenues et du public. Nous concluons donc que la common law en matière de fouilles accessoires à une arrestation, qui permet la fouille à nu, ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte*.

(3) La fouille à nu pratiquée en l'espèce a-t-elle été effectuée d'une manière raisonnable?

À la lumière des exigences constitutionnelles susmentionnées relatives à la validité des fouilles à nu accessoires à une arrestation, nous sommes d'avis que la fouille en cause dans le pourvoi était abusive et qu'elle a porté atteinte aux droits de l'appelant garantis par l'art. 8 de la *Charte*. À cet égard, il importe de souligner que lorsque le caractère raisonnable d'une fouille à nu est attaqué, c'est au ministère public qu'incombe le fardeau d'en établir la légalité. Il doit convaincre la cour selon la prépondérance des probabilités (1) soit qu'il existait des motifs raisonnables et une situation d'urgence justifiant une fouille à nu sur les lieux et que cette fouille a été effectuée d'une manière raisonnable, (2) soit qu'il existait des motifs raisonnables et que la fouille à nu a été effectuée dans un poste de police, d'une manière raisonnable. Étant donné le caractère très envahissant des fouilles à nu, elles doivent être considérées comme abusives à première vue. C'est à l'État qu'il incombe de réfuter cette présomption car c'est lui qui est le mieux placé pour savoir et expliquer pourquoi la fouille a eu lieu et pourquoi elle s'est déroulée de la manière et dans les circonstances reprochées. Ce fardeau incombe au ministère public dans toute affaire impliquant une fouille à nu au sens des présents motifs.

En l'espèce, le ministère public tente d'établir une distinction entre la première partie de la fouille dans la cage d'escalier et les efforts déployés par la suite pour saisir l'emballage de

into the Subway shop. We are unwilling to accept such a distinction. The search in the stairwell, whereupon the police pulled back the appellant's pants and underwear in order to visually examine his buttock area, cannot be looked at in isolation. Rather, it must be assessed within the complete context of the events that took place after the appellant's arrest. According to the definition adopted in these reasons, the first part of the search in the stairwell was a strip search, although it was clearly of a less intrusive character than the subsequent search in the restaurant. This visual inspection of the appellant's buttocks, in and of itself, interfered with his privacy, dignity, and integrity. The Crown's burden of proof in regard to this first part of the search is thus the same as that required to justify the subsequent search and seizure that took place in the shop. However, as discussed above, the more intrusive the search, the greater will be the degree of justification required and the greater the constraints as to the way it may be conducted.

In this appeal, the Crown has failed to prove that the strip search of the appellant was carried out in a reasonable manner. More specifically, the evidence adduced at trial fell far short of establishing that a situation of exigency existed so as to warrant a strip search outside of the police station. The Crown asserted that this search was necessitated by Constable Ryan's observance of the appellant crushing what appeared to be crack cocaine between his fingers just after his arrest. In addition, this officer testified that he had made at least 12 narcotics-related arrests in his experience as a police officer, in which he discovered cocaine secreted by arrested persons in their buttocks or groin area. The Crown argued that these circumstances gave rise to reasonable and probable grounds for believing that the appellant was concealing evidence on his person. Further, it was submitted that exigency arose from the risk that this evidence might be lost or destroyed if police waited to conduct the

plastique coincé entre les fesses de l'appelant après son retour dans le restaurant Subway. Nous ne sommes pas disposés à retenir une telle distinction. La fouille effectuée dans l'escalier, lorsque le policier a tiré vers l'arrière le pantalon et le caleçon long de l'appelant afin de lui examiner visuellement les fesses, ne peut être considérée isolément. Elle doit plutôt être appréciée dans le contexte global des événements qui ont eu lieu après l'arrestation de l'appelant. Selon la définition adoptée dans les présents motifs, la première partie de la fouille dans l'escalier constituait une fouille à nu, même si elle avait clairement un caractère moins envahissant que la fouille subséquente dans le restaurant. Cette inspection visuelle des fesses de l'appelant a porté atteinte, en soi, à son droit à la vie privée, à sa dignité et à son intégrité. Le fardeau du ministère public à l'égard de la première partie de la fouille est donc le même que celui qui est exigé pour justifier la fouille et la saisie qui ont eu lieu par la suite dans l'établissement. Toutefois, ainsi qu'il a été mentionné plus haut, plus la fouille est envahissante, plus le degré de justification nécessaire est élevé et plus les contraintes quant aux modalités d'exécution de la fouille sont lourdes.

Dans le présent pourvoi, le ministère public n'a pas réussi à prouver que la fouille à nu de l'appelant avait été effectuée d'une manière raisonnable. Plus précisément, la preuve produite au procès n'a absolument pas réussi à établir l'existence d'une situation d'urgence justifiant qu'une fouille à nu soit effectuée à l'extérieur du poste de police. Le ministère public a fait valoir que cette fouille était nécessaire du fait que l'agent Ryan avait observé l'appelant en train d'écraser entre ses doigts ce qui semblait être du crack, immédiatement après son arrestation. Cet agent a en outre témoigné avoir effectué, dans sa carrière de policier, au moins 12 arrestations liées au trafic de stupéfiants dans lesquelles il a découvert de la cocaïne cachée dans la région des fesses ou de l'aîne des personnes arrêtées. Le ministère public a fait valoir que ces circonstances ont engendré des motifs raisonnables de croire que l'appelant cachait des éléments de preuve sur lui. Il a de plus prétendu qu'il y avait urgence d'agir du fait que cette preuve risquait

strip search until the appellant was transported to a police station.

d'être perdue ou détruite si la police reportait la fouille à nu de l'appellant à son arrivée au poste de police.

108

We find these submissions unpersuasive for the following reasons. First, Constable Theriault, the officer stationed at the observation post, testified that 51 Division police station was located on the corner of Dundas and Regent streets, a two-minute drive away from the shop where the strip search of the appellant took place. This fact alleviated any sense of exigency in this case. In our view, it seems highly improbable that the appellant, who was handcuffed, could have somehow surreptitiously rid himself of the evidence concealed on his person during the very brief time it would have taken police to relocate him to 51 Division. Had he succeeded in dropping the evidence on the sidewalk or in the police cruiser, it is difficult to conceive that he would have been able to do so unobserved, given the number of officers involved in his arrest. Furthermore, the circumstances surrounding the discovery of any drugs dropped close to the appellant would have provided strong circumstantial evidence of the appellant's connection to the evidence. As such, we conclude that this case was not one involving an urgent and necessary need to conduct a strip search "in the field" for the purpose of preserving evidence.

Selon nous, ces prétentions ne sont pas convaincantes pour les raisons suivantes. D'abord, l'agent Theriault, qui était affecté au poste d'observation, a témoigné que le poste de police 51 se trouvait au coin des rues Dundas et Regent, c'est-à-dire à une distance de deux minutes en automobile du restaurant où a eu lieu la fouille à nu de l'appellant. Ce fait devait apaiser tout sentiment d'urgence en l'espèce. À notre avis, il semble très peu probable que l'appellant, à qui on avait mis les menottes, ait pu se débarrasser subrepticement des éléments de preuve cachés sur lui pendant le très court déplacement vers le poste 51. S'il avait réussi à laisser tomber l'élément de preuve sur le trottoir ou dans la voiture de police, il est difficile de concevoir qu'il aurait pu le faire sans que personne ne le remarque, étant donné le nombre d'agents qui participaient à son arrestation. De plus, les circonstances entourant la découverte de toute drogue échappée à proximité de l'appellant auraient constitué une forte preuve circonstancielle du lien de l'appellant avec la preuve. Nous concluons donc qu'il n'existait pas en l'espèce de besoin urgent et impérieux d'effectuer une fouille à nu « sur les lieux » afin de préserver la preuve.

109

The trial judge made no findings as to whether there were reasonable and probable grounds to conduct a strip search; he relied on the grounds for the arrest. As mentioned, Constable Ryan testified that in his experience, he had made at least a dozen drug arrests in which an arrested individual was concealing evidence in his private areas. At the same time, this officer also testified on cross-examination that he had arrested well over 200 persons dealing in crack cocaine. If these individuals were all strip searched, which is not evident in the record, he admitted to having found evidence hidden in an individual's private parts in merely five percent of drug arrests. If only a few of these individuals were strip searched, it raises the question: which ones and why? Constable Ryan thus knew that the chances of discovering

Le juge du procès n'a fait aucune constatation quant à l'existence de motifs raisonnables de procéder à une fouille à nu; il s'est fondé sur les motifs de l'arrestation. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, l'agent Ryan a témoigné avoir arrêté, dans sa carrière de policier, au moins une douzaine de personnes liées au trafic de stupéfiants qui cachaient des éléments de preuve dans leurs parties intimes. Cet agent a par ailleurs déclaré, en contre-interrogatoire, avoir arrêté plus de 200 personnes qui s'adonnaient au trafic du crack. Si toutes ces personnes ont été soumises à des fouilles à nu, ce qui ne ressort pas du dossier, il a admis avoir trouvé des éléments de preuve cachés dans les parties intimes des prévenus dans seulement 5 pour 100 des arrestations pour trafic de stupéfiants. Si seulement quelques-unes de ces personnes ont été fouillées à nu, on peut se

evidence as a result of strip searching the appellant were quite slim.

Other than Constable Ryan's personal experience, the arresting officers had no reasonable and probable basis for conducting the strip search in the restaurant. No information was given to them by Constable Theriault that the appellant had reached into his pants to remove any substances, nor had they ever witnessed such conduct themselves. There was no bulging or protrusion in the appellant's buttock area to suggest that he was concealing evidence. In the result, the decision to strip search was premised largely on a single officer's hunch, arising from a handful of personal experiences. These circumstances, coupled with the absence of exigency discussed above, compel us to conclude that the police officers' decision to strip search the appellant in the restaurant was unreasonable.

Having so concluded, we should note, however, that there was some evidence suggesting the possibility of concealment of narcotics. The appellant was arrested for trafficking after police observed him engage in two transactions involving what they believed was a narcotic substance. Further, the arresting officers found what they thought was crack cocaine under the table where another suspect was arrested. Constable Ryan also observed the appellant crushing a substance that looked like crack cocaine between his fingers during the arrest. Finally, Constable Ryan did have some experience, albeit in relatively few cases, with drug arrests involving suspects who secreted evidence in their groin or buttock areas.

Taken together, these circumstances would have been sufficient to create reasonable and probable grounds to conduct a strip search of the appellant at the police station. However, by deciding to carry out the strip search in a public restaurant rather than the nearby station house, without appropriate safeguards in place, the police failed to meet a

demander lesquelles et pourquoi? L'agent Ryan savait donc que les chances de trouver des preuves par suite de la fouille à nu de l'appelant étaient assez minces.

Hormis l'expérience personnelle de l'agent Ryan, les agents chargés de l'arrestation n'avaient aucun motif raisonnable de procéder à la fouille à nu dans le restaurant. L'agent Theriault ne leur avait donné aucune indication selon laquelle l'appelant avait porté la main à son pantalon pour en retirer des substances, et ils n'avaient eux-mêmes rien vu de tel. L'appelant ne présentait dans la région des fesses ni renflement ni protubérance susceptible de laisser croire qu'il cachait un élément de preuve. Par conséquent, la décision de procéder à la fouille à nu était fondée en grande partie sur le simple pressentiment d'un seul agent, issu d'une poignée d'expériences personnelles. Force nous est de conclure, à partir de ces circonstances et de l'absence d'urgence susmentionnée, que la décision prise par les agents de police de soumettre l'appelant à une fouille à nu dans le restaurant était abusive.

Arrivés à cette conclusion, il nous faut toutefois noter l'existence de certains éléments de preuve selon lesquels il était possible que l'appelant cache des stupéfiants. L'appelant a été arrêté pour trafic après que les policiers l'eurent observé en train d'effectuer deux opérations impliquant ce qui leur semblait être des stupéfiants. De plus, les agents chargés de l'arrestation ont trouvé ce qu'ils croyaient être du crack sous la table où un autre suspect a été arrêté. L'agent Ryan a aussi vu l'appelant écraser entre ses doigts une substance qui semblait être du crack, au cours de l'arrestation. Enfin, l'agent Ryan avait déjà arrêté, bien que dans un nombre relativement peu élevé de cas, des suspects qui cachaient des éléments de preuve sur eux, dans la région de l'aîne ou des fesses.

Considérées ensemble, ces circonstances auraient été suffisantes pour donner naissance à des motifs raisonnables de soumettre l'appelant à une fouille à nu au poste de police. Toutefois, en décidant de procéder à la fouille à nu dans un restaurant public plutôt qu'au poste de police situé tout près, sans prendre les mesures de protection appropriées,

110

111

112

condition essential to the validity of such an intrusive, warrantless search. There were no reasonable and probable grounds to believe that this strip search had to be conducted with such urgency.

113 In addition, the manner in which the strip search was conducted in the restaurant did not comply with the requirements of reasonableness contained in s. 8 of the *Charter*. The appellant was not given the opportunity to remove his own clothing, a measure that might have reduced the sense of panic he clearly experienced. Rather, Constable Ryan pulled back the appellant's pants and underwear during the initial part of the search in the stairwell. He and Constable Powell then lowered the appellant's pants and underwear after the appellant was brought back into the main area of the restaurant. Also, the strip search was conducted without notice to, or authorization from, a senior officer. The decision to search the appellant was made unilaterally by the arresting officers, in particular, by Constable Ryan. Finally, the search was carried out in a manner that may have jeopardized the appellant's health and safety.

114 Where the circumstances of a search require the seizure of material located in or near a body cavity, the individual being searched should be given the opportunity to remove the material himself or the advice and assistance of a trained medical professional should be sought to ensure that the material can be safely removed. In this case, the plastic wrap was located between the appellant's buttocks. The police had no way of knowing whether it was physically lodged inside him in such a way that it could not be safely retrieved without medical intervention. Nevertheless, the arresting officers undertook to remove the package themselves, through physical coercion and forceful probing and tugging at the package, and by instructing the appellant to "let it out" and to "relax". The risk this presented to the appellant's health was made more acute by the fact that after the appellant accidentally defecated, Constable Powell retrieved a pair of rubber gloves that had been used for cleaning the shop's washrooms and toilets to continue in his attempts at dislodg-

la police n'a pas respecté une condition essentielle de la validité d'une fouille aussi envahissante, effectuée sans mandat. Il n'existait pas de motif raisonnable de croire que cette fouille à nu devait être effectuée de façon aussi urgente.

De plus, la manière dont la fouille à nu a été effectuée dans le restaurant ne respectait pas les exigences relatives au caractère raisonnable fixées par l'art. 8 de la *Charte*. Les agents n'ont pas donné à l'appelant le choix de retirer lui-même ses vêtements, mesure qui aurait pu réduire la panique qui s'est nettement emparée de lui. L'agent Ryan a plutôt tiré vers l'arrière le pantalon et le caleçon long de l'appelant pendant la première partie de la fouille dans l'escalier. L'agent Powell et lui ont ensuite baissé le pantalon et le caleçon de l'appelant après l'avoir ramené dans la partie principale du restaurant. De plus, les agents ont procédé à la fouille à nu sans aviser un officier supérieur ni lui demander son autorisation. La décision de fouiller l'appelant a été prise unilatéralement par les agents chargés de l'arrestation, en particulier par l'agent Ryan. Enfin, la fouille a été effectuée d'une manière qui aurait pu mettre en danger la santé et la sécurité de l'appelant.

Lorsque les circonstances d'une fouille nécessitent la saisie d'objets situés à l'intérieur ou à proximité d'une cavité corporelle, il faut donner à la personne soumise à la fouille l'occasion de retirer elle-même l'objet ou demander l'avis et l'aide d'un professionnel qualifié des services de santé pour faire en sorte que l'objet soit retiré en toute sécurité. En l'espèce, l'emballage de plastique se trouvait entre les fesses de l'appelant. Les agents de police ne pouvaient absolument pas savoir s'il avait été introduit à l'intérieur de son corps, de façon à pouvoir être retiré en toute sûreté sans intervention médicale. Les agents qui ont procédé à l'arrestation ont néanmoins entrepris de retirer le sachet eux-mêmes, par la contrainte physique et d'énergiques manœuvres d'exploration et de traction, tout en incitant l'appelant à [TRADUCTION] « lâcher ça » et à « se détendre ». Le risque pour la santé de l'appelant était exacerbé par le fait qu'après la défécation accidentelle de l'appelant, l'agent Powell est allé chercher une paire de gants en caoutchouc servant

ing the package. The entire episode created as well unsanitary conditions in a public restaurant, which would have been avoided had the search been conducted in a less precipitous manner.

The relevance of the appellant's resistance to the search also merits comment. At the *voir dire* hearing, McNeely J. held that had the appellant "relaxed and not attempted to retain the substance", the search would have been shorter and less intrusive. The respondent endorsed McNeely J.'s reasoning, relying on the British Columbia Court of Appeal's decision in *R. v. Garcia-Guiterrez* (1991), 5 C.R. (4th) 1. In that case, police observed the accused reach into his mouth, remove something and give it to another person, who gave the accused money in return. After arresting the accused for possession of cocaine for the purpose of trafficking, an officer grabbed his throat to prevent him from swallowing and breathing, and instructed him to open his mouth. The accused refused and a second officer punched him in the stomach. A majority of the Court of Appeal held that the search was reasonable, as it was found necessary to preserve the evidence. In this regard, Macdonald J.A. held (at para. 17) that the accused was "in complete control" of the violence inflicted upon him, since, had he simply opened his mouth, the police would have ceased applying physical force.

We particularly disagree with the suggestion that an arrested person's non-cooperation and resistance necessarily entitles police to engage in behaviour that disregards or compromises his or her physical and psychological integrity and safety. If the general approach articulated in this case is not followed, such that the search is unreasonable, there is no requirement that anyone cooperate with the violation of his or her *Charter* rights. Any application of force or violence must be both necessary and proportional in the specific circumstances. In this case, the appellant's refusal to relinquish the evidence does not justify or mitigate the fact that he was strip searched in a public place, and in a manner

au nettoyage des toilettes et cabinets du restaurant et les a utilisés pour poursuivre ses tentatives de retrait du sachet. Toutes ces manœuvres ont en outre créé une situation antihygiénique dans un restaurant public, ce qui aurait pu être évité si la fouille avait été effectuée d'une façon moins précipitée.

La pertinence de la résistance de l'appelant à la fouille mérite aussi un commentaire. Lors du *voir dire*, le juge McNeely a précisé que si l'appelant [TRADUCTION] « s'était détendu au lieu de tenter de retenir la substance », la fouille aurait été plus courte et moins envahissante. L'intimée a souscrit au raisonnement du juge McNeely, en se fondant sur l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. c. Garcia-Guiterrez* (1991), 5 C.R. (4th) 1. Dans cette affaire, la police avait vu l'accusé porter la main à la bouche, en retirer quelque chose et remettre cette chose à une autre personne, en échange d'une somme d'argent. Après avoir arrêté l'accusé pour possession de cocaïne à des fins de trafic, un agent l'a pris à la gorge afin de l'empêcher d'avaler et de respirer, tout en lui intimant d'ouvrir la bouche. L'accusé ayant refusé d'obtempérer, un deuxième agent lui a donné un coup de poing au ventre. La Cour d'appel à la majorité a conclu que la fouille était raisonnable et non abusive, puisqu'elle était nécessaire pour préserver la preuve. À cet égard, le juge Macdonald a conclu (au par. 17) que l'accusé avait la [TRADUCTION] « pleine maîtrise » de la violence qui lui a été infligée puisqu'il lui aurait suffi d'ouvrir la bouche pour que la police cesse d'user de force physique à son endroit.

Nous sommes particulièrement en désaccord avec l'opinion selon laquelle l'absence de coopération et la résistance de la personne arrêtée autorisent la police à recourir à un comportement qui ne respecte pas ou compromet l'intégrité physique et psychologique et la sécurité de cette personne. Lorsqu'une fouille est abusive, en raison d'une dérogation à l'approche générale énoncée en l'espèce, nul n'est tenu de coopérer à la violation des droits que lui garantit la *Charte*. Tout recours à la force ou à la violence doit être à la fois nécessaire et proportionné dans les circonstances particulières de l'affaire. En l'espèce, le refus de l'appelant de lâcher la preuve ne justifie ni n'atténue le fait qu'il

115

116

that showed considerable disregard for his dignity and his physical integrity, despite the absence of reasonable and probable grounds or exigent circumstances.

117 In light of the foregoing reasons, we conclude that the manner in which the strip search in this case was conducted was unreasonable. It therefore amounted to a breach of the appellant's constitutional guarantees under s. 8 of the *Charter*.

C. *If the strip search of the appellant violated Section 8 of the Charter, would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute under Section 24(2) of the Charter?*

118 As the appellant has already served his 14-month sentence in full, and because the courts below did not engage in a s. 24(2) analysis, we believe it is neither necessary nor useful for this Court to determine whether the evidence deriving from the illegal strip search should have been excluded at trial, and if so, whether a new trial should be ordered. In these circumstances, examining and ruling on s. 24(2) of the *Charter* would be a mere theoretical exercise.

119 In preference to this analysis, our disposition rests on the premise that the courts below erred in finding the strip search of the appellant reasonable in the circumstances and consistent with s. 8 of the *Charter* and consequently erred in allowing the impugned evidence to be admitted. These errors provide a sufficient basis for our conclusion that this appeal must be allowed; in light of all the circumstances mentioned above, we conclude that an acquittal is the proper result.

VII. Disposition

120 For all of the foregoing reasons, the appeal is allowed, and the judgment of the Ontario Court of Appeal is set aside. The appellant's conviction is thus overturned and an acquittal is entered.

a été fouillé à nu dans un endroit public et dans l'irrespect flagrant de sa dignité et de son intégrité physique, malgré l'absence de motifs raisonnables ou d'une situation d'urgence.

Vu les motifs qui précèdent, nous concluons que la manière dont la fouille à nu a été effectuée en l'espèce était abusive. Il y a donc eu atteinte aux droits constitutionnels garantis par l'art. 8 de la *Charte*.

C. *Si la fouille à nu de l'appelant contrevenait à l'art. 8 de la Charte, l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la Charte?*

Puisque l'appelant a déjà purgé en totalité sa peine de 14 mois et que les juridictions inférieures n'ont pas procédé à une analyse en vertu du par. 24(2), nous croyons qu'il n'est ni nécessaire ni utile que notre Cour détermine si la preuve découlant de la fouille à nu illégale aurait dû être écartée lors du procès et s'il y a lieu, le cas échéant, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Dans les circonstances de l'espèce, se pencher et statuer sur l'application du par. 24(2) de la *Charte* serait un exercice purement théorique.

Plutôt que de se fonder sur une telle analyse, notre conclusion repose sur la prémisse que les juridictions inférieures ont commis une erreur en jugeant que la fouille à nu de l'appelant n'était pas abusive dans les circonstances et qu'elle était conforme à l'art. 8 de la *Charte*, d'où l'erreur qu'ils ont commise en permettant la production de la preuve attaquée. Ces erreurs suffisent à fonder notre conclusion qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi; à la lumière de toutes les circonstances susmentionnées, nous concluons que l'acquittal est la réparation qui s'impose.

VII. Dispositif

Pour tous les motifs susmentionnés, le pourvoi est accueilli et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario est infirmé. Par conséquent, la déclaration de culpabilité de l'appelant est annulée et remplacée par un verdict d'acquittal.

Appeal allowed, MCLACHLIN C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pinkofsky Lockyer, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto: The Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.

Solicitor for the intervener the African Canadian Legal Clinic: The African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Pourvoi accueilli, le juge en chef MCLACHLIN et les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et BASTARACHE dissidents.

Procureurs de l'appelant : Pinkofsky Lockyer, Toronto.

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

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

Procureur de l'intervenant Aboriginal Legal Services of Toronto : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.

Procureur de l'intervenante African Canadian Legal Clinic : African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

**Paul D'Aoust Construction Ltd. and the
Carleton Roman Catholic Separate School
Board** *Appellants*

v.

**Markel Insurance Company of Canada and
Kenneth Daku** *Respondents*

**INDEXED AS: PAUL D'AOUST CONSTRUCTION LTD. v.
MARKEL INSURANCE CO. OF CANADA**

Neutral citation: 2001 SCC 84.

File No.: 27438.

2001: December 5.

Present: Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie,
Arbour and LeBel JJ.

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

*Commercial law — Construction — Performance bonds —
Delivery — Contractor signing bond with bond com-
pany — Bond not delivered to owner — Delivery required
to make bond effective.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court
of Appeal (1999), 45 C.L.R. (2d) 65, 120 O.A.C.
243, [1999] O.J. No. 1837 (QL), affirming a judg-
ment of the Ontario Court (General Division)
(1996), 31 C.L.R. (2d) 180, [1996] O.J. No. 4159
(QL). Appeal dismissed.

K. Scott McLean, for the appellants.

Ronald W. Price, for the respondent Markel Insu-
rance Company of Canada.

Kenneth Radnoff, Q.C., for the respondent
Daku.

The judgment of the Court was delivered orally
by

GONTHIER J. — We are all of the view that the
appeal should be dismissed for the reasons of the
Court of Appeal of Ontario, with costs.

**Paul D'Aoust Construction Ltd. et
Carleton Roman Catholic Separate School
Board** *Appelants*

c.

**Markel Compagnie d'assurance du Canada et
Kenneth Daku** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : PAUL D'AOUST CONSTRUCTION LTD.
c. MARKEL COMPAGNIE D'ASSURANCE DU CANADA**

Référence neutre : 2001 CSC 84.

N° du greffe : 27438.

2001 : 5 décembre.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

*Droit commercial — Construction — Garanties de
bonne exécution — Livraison — Entrepreneur signant
une garantie de bonne exécution avec une compagnie
garante — Acte de garantie non livré au propriétaire —
Livraison requise pour que la garantie s'applique.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de
l'Ontario (1999), 45 C.L.R. (2d) 65, 120 O.A.C.
243, [1999] O.J. No. 1837 (QL), confirmant un
jugement de la Cour de l'Ontario (Division géné-
rale) (1996), 31 C.L.R. (2d) 180, [1996] O.J. No.
4159 (QL). Pourvoi rejeté.

K. Scott McLean, pour les appelants.

Ronald W. Price, pour l'intimée Markel Compa-
gnie d'assurance du Canada.

Kenneth Radnoff, c.r., pour l'intimé Daku.

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

LE JUGE GONTHIER — Nous sommes tous d'avis
qu'il y a lieu de rejeter l'appel avec dépens, pour
les raisons exposées par la Cour d'appel de l'Onta-
rio.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Solicitors for the respondent Markel Insurance Company of Canada: Rasmussen Starr Ruddy, Ottawa.

Solicitors for the respondent Daku: Radnoff Pearl Slover Swedko Dwoskin, Ottawa.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants : Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Markel Compagnie d'assurance du Canada : Rasmussen Starr Ruddy, Ottawa.

Procureurs de l'intimé Daku : Radnoff Pearl Slover Swedko Dwoskin, Ottawa.

Osoyoos Indian Band *Appellant*

v.

The Town of Oliver and Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia *Respondents*

and

The Attorney General of Canada and the Squamish Indian Band *Interveners***INDEXED AS: OSOYOOS INDIAN BAND v. OLIVER (TOWN)****Neutral citation: 2001 SCC 85.**

File No.: 27408.

2001: June 12; 2001: December 7.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Indians — Reserves — Lands taken for public purposes — Federal order in council granting province interest in lands occupied by irrigation canal crossing Indian reserve — Whether lands taken by province are still “in the reserve” such that they are assessable and taxable pursuant to Band by-laws — Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 35 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. 1-5, s. 83(1)(a) — Water Act, R.S.B.C. 1948, c. 361, s. 21.

In 1925 an irrigation canal was constructed on a strip of land that bisects the appellant Indian Band's reserve. In 1957 a federal Order in Council was enacted pursuant to s. 35 of the *Indian Act* in which the Governor in Council consented “to the taking of the said lands” by the province. In 1961 the canal lands were registered by way of certificate of indefeasible title in the name of the province. The respondent Town currently operates and maintains the canal. In 1994, the Band Council enacted property assessment and property taxation by-laws pursuant to s. 83 of the *Indian Act* applicable to land in the reserve. In 1995, the Band Council passed a resolution directing the provincial Assessment Authority to assess

Bande indienne d'Osoyoos *Appelante*

c.

La ville d'Oliver et Sa Majesté la Reine du Chef de la Province de la Colombie-Britannique *Intimées*

et

Le procureur général du Canada et la Banque indienne de Squamish *Intervenants***RÉPERTORIÉ : BANDE INDIENNE D'OSOYOOS c. OLIVER (VILLE)****Référence neutre : 2001 CSC 85.**N^o du greffe : 27408.

2001 : 12 juin; 2001 : 7 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Indiens — Réserves — Terres prises pour cause d'utilité publique — Décret fédéral concédant à la province un droit sur des terres occupées par un canal d'irrigation traversant une réserve indienne — Les terres prises par la province sont-elles encore « dans la réserve » et, de ce fait, évaluable et imposables en vertu de la réglementation pertinente de la Bande — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 35 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. 1-5, art. 83(1)a) — Water Act, R.S.B.C. 1948, ch. 361, art. 21.

En 1925, on a construit un canal d'irrigation sur une parcelle de terrain scindant en deux la réserve de la bande indienne appelante. En 1957, le gouverneur en conseil a pris, en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, un décret dans lequel il consentait « à la prise de ces terres » par la province. En 1961, les terres formant le canal ont été inscrites au nom de la province par voie de certificat de titre incontestable. Actuellement, la ville d'Oliver exploite et entretient le canal. En 1994, en application de l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens*, le conseil de la bande indienne a pris des règlements administratifs en matière d'évaluation et de taxation foncières applicables aux terres situées dans la réserve. En 1995, le conseil de

the canal lands and include them on the Band's 1996 assessment roll. The Town objected to the assessment of the canal lands by the Band. The Band Board of Review stated a case for the British Columbia Supreme Court asking: (1) whether lands taken pursuant to s. 35 of the *Indian Act* are "land or interests in land" in a reserve within the meaning of s. 83(1)(a) such that those lands are assessable and taxable pursuant to Band by-laws; and (2) if s. 35 of the *Indian Act* authorizes the removal of lands from reserve status, whether the federal Order in Council removed the lands from reserve status so that they are not assessable and taxable by the Band. The chambers judge answered "No" to the first question and "Yes" to the second one, concluding that the land at issue was outside the reserve and the Band's jurisdiction to tax under s. 83(1)(a). The Court of Appeal upheld that judgment.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: As a general matter the Court should be cautious in taking away interests in land in the absence of a complete evidentiary record. This is especially true when the interest at stake is the aboriginal interest in reserve land. As this appeal comes by way of a stated case, however, the rights of the parties must be determined on the evidence at hand, even though the evidentiary record is demonstrably incomplete in this case.

Three implications follow from the *sui generis* nature of the aboriginal interest in reserve lands. First, it is clear that traditional principles of the common law relating to property may not be helpful in the context of aboriginal interests in land. Second, reserve land does not fit neatly within the traditional rationale that underlies the process of compulsory takings in exchange for compensation in the amount of the market value of the land plus expenses. Third, the aboriginal interest in land will generally have an important cultural component that reflects the relationship between an aboriginal community and the land and the inherent and unique value in the land itself which is enjoyed by the community. Because of these implications and the fact that the Crown owes a fiduciary duty to the band, it follows that a clear and plain intention

bande a adopté une résolution ordonnant à la commission d'évaluation foncière de la province d'évaluer les terres formant le canal et de les inscrire au rôle d'évaluation de la bande pour 1996. La ville d'Oliver s'est opposée à l'évaluation des terres formant le canal par la bande. La commission de révision de l'évaluation foncière de la bande a soumis à la Cour suprême de la Colombie-Britannique un exposé de cause comportant les deux questions suivantes : (1) Est-ce que les terres prises en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* sont des « immeubles [ou] des droits sur ceux-ci » situés dans la réserve d'une bande au sens de l'al. 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* et sont, de ce fait, évaluable et imposable en vertu de la réglementation de la bande? (2) Si l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* permet de retirer à des terres leur qualité de terres de réserve, est-ce que le décret fédéral, en vertu duquel les terres ont été transférées, a eu cet effet sur les terres en cause, de sorte qu'elles ne sont pas évaluables et imposables par la bande? Le juge en chambre a répondu « non » à la première question et « oui » à la seconde, concluant que la parcelle en question n'était pas située dans la réserve et n'était pas visée par le pouvoir de taxation reconnu à la bande par l'al. 83(1)a). La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel : En l'absence de preuve complète, notre Cour doit en règle générale faire montre de circonspection avant de retirer des droits fonciers. C'est particulièrement vrai dans les cas où le droit en jeu est le droit des Autochtones sur les terres des réserves. Comme le pourvoi est présenté par voie d'exposé de cause, les droits des parties doivent être déterminés à l'aide de la preuve au dossier, quoique cette preuve soit manifestement incomplète en l'espèce.

Trois conséquences découlent du caractère *sui generis* du droit des Autochtones sur les terres des réserves. Premièrement, il est clair que les principes traditionnels du droit des biens en common law peuvent ne pas s'avérer utiles dans le contexte des droits fonciers des Autochtones. Deuxièmement, la notion de terres de réserve cadre mal avec la raison d'être traditionnelle du mécanisme de prise forcée de certaines terres en contrepartie d'une indemnité égale à la valeur marchande des terres en question majorée des frais. Troisièmement, le droit des Autochtones sur les terres des réserves comporte généralement un aspect culturel important, qui reflète les rapports entre la collectivité autochtone concernée et le territoire ainsi que la valeur intrinsèque et unique des terres elles-mêmes dont jouit la collectivité. Pour

must be present in order to conclude that land has been removed from a reserve.

Section 83(1)(a) of the *Indian Act* provides Indian bands with the jurisdiction to impose tax on a very broad range of interests in land, and should be given a broad reading. Band councils have the power to tax any interest or use of reserve lands in order to defray their costs as the government of that land. It follows that, unless the entire interest of a band is removed, land remains in the reserve for the purposes of s. 83(1)(a) and both easements and rights to use or occupy land held by non-band members are subject to the taxation jurisdiction.

The fiduciary duty of the Crown is not restricted to instances of surrender. Section 35 clearly permits the Governor in Council to allow the use of reserve land for public purposes. Once it has been determined that an expropriation of Indian lands is in the public interest, however, a fiduciary duty arises on the part of the Crown to expropriate or grant only the minimum interest required in order to fulfill that public purpose, thus ensuring a minimal impairment of the use and enjoyment of Indian lands by the band. This is consistent with the provisions of s. 35 which give the Governor in Council the absolute discretion to prescribe the terms to which the expropriation or transfer is to be subject. This two-step process minimizes any inconsistency between the Crown's public duty to expropriate lands and its fiduciary duty to Indians whose lands are affected by the expropriation. As the Crown's fiduciary duty is to protect the use and enjoyment of the Indian interest in expropriated lands to the greatest extent practicable, the duty includes the general obligation, wherever appropriate, to protect a sufficient Indian interest in expropriated land in order to preserve the taxation jurisdiction of the band over the land, thus ensuring a continued ability to earn income from the land. Although in this case the taxation jurisdiction given to bands came after the Order in Council of 1957, the principle is the same, namely that the Crown should not take more than is needed for the public purpose and subject to protecting the use and enjoyment of Indians where appropriate.

While in general s. 35 of the *Indian Act* authorizes the removal of land from the reserve, it did not authorize

ces raisons et compte tenu du fait que la Couronne a une obligation de fiduciaire envers la bande, il doit y avoir une intention claire et nette pour que l'on puisse conclure que des terres ont été exclues d'une réserve.

L'alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* confère aux bandes indiennes le pouvoir d'imposer des taxes sur un large éventail de droits fonciers et il doit être interprété largement. Les conseils de bande ont le pouvoir d'imposer le locataire ou l'utilisateur d'une partie du territoire de la réserve pour couvrir leurs dépenses d'administration de ce territoire. En conséquence, à moins que le droit que possède la bande ne soit entièrement exclu de la réserve, les terres continuent de faire partie de la réserve pour l'application de l'al. 83(1)a) et tant les servitudes que les droits d'usage ou d'occupation des terres dont sont titulaires des non-membres de la bande sont assujettis au pouvoir de taxation de cette dernière.

L'obligation de fiduciaire de la Couronne ne se limite pas aux cessions. L'article 35 permet clairement au gouverneur en conseil d'autoriser l'usage de terres de réserve à des fins d'intérêt public. Cependant, une fois qu'il est établi que l'expropriation de terres indiennes est dans l'intérêt du public, la Couronne a l'obligation de fiduciaire de n'exproprier que le droit minimal requis pour réaliser cette fin d'intérêt public et ainsi de faire en sorte que le droit de la bande d'utiliser des terres indiennes et d'en jouir ne subisse qu'une atteinte minimale. Cette obligation est compatible avec les dispositions de l'art. 35 qui confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire absolu de prescrire les modalités de l'expropriation ou du transfert. Ce processus à deux étapes permet de réduire au minimum toute incompatibilité entre l'obligation de droit public de la Couronne d'exproprier des terres et l'obligation de fiduciaire qu'elle a envers les Indiens dont les terres sont touchées par l'expropriation. Comme elle consiste à protéger autant que possible l'usage et la jouissance du droit des Indiens sur les terres expropriées, l'obligation de fiduciaire de la Couronne emporte également pour celle-ci l'obligation générale de protéger, dans tous les cas où il est indiqué de le faire, un droit autochtone suffisant sur les terres expropriées afin de préserver le pouvoir de taxation de la bande sur les terres en cause et, ainsi, de permettre à celle-ci de continuer à tirer un revenu de ces terres. Bien que, en l'espèce, le pouvoir de taxation ait été conféré aux bandes indiennes après la prise du décret de 1957, le principe est le même, à savoir que la Couronne ne doit pas prendre plus que ce qui est nécessaire pour réaliser la fin d'intérêt public et elle est tenue de protéger s'il y a lieu les droits d'usage et de jouissance des Indiens.

Quoique, en règle générale, l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* permette que des terres soient exclues de

the removal of lands from the reserve for the purposes of s. 83(1)(a) in the circumstances of this case. Because the source of the power to expropriate here was the *Water Act*, the discretion to grant "land" pursuant to s. 35(3) was limited to the land or interest in land "reasonably required" for the canal. Since the canal was already built when the transfer was made, the interest in question is that which is reasonably required to operate and maintain the canal only. Moreover, it is obvious that the fee simple is not necessary to operate and maintain the canal since those activities are currently the responsibility of the Town, which appears to have some kind of leasehold interest in the land. A canal is similar in nature to a railway in that both are permanent structures on the land involving operation and maintenance activities, and a grant of a statutory easement can be sufficient for the purposes of building and maintaining a railway.

The Order in Council does not evince a clear and plain intent to extinguish the Band's interest in the reserve land. It is ambiguous as to the nature of the interest conveyed. In light of such ambiguity, resort must be had to the interpretive principles applicable to questions dealing with Indian interests, and the interpretation which impairs the Indian interests as little as possible is to be preferred. In light of these principles, the Order in Council should be read as granting a statutory easement to the province, and therefore the canal land is still "in the reserve" for the purposes of s. 83(1)(a).

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. (dissenting): The provisions of s. 35 of the *Indian Act* can be interpreted so as to permit the removal of land from a reserve by the taking of full ownership. Such a taking, in effect, amounts to the non-consensual equivalent of absolute surrender (provided for in ss. 37 to 39 of the Act). Since the language of the third paragraph of the Order in Council closely mirrors that of s. 35(3), the subsection concerned in this case is s. 35(3), rather than s. 35(1). Once the government, having consented to a s. 35(1) expropriation, chooses to proceed under s. 35(3), it is free to transfer full ownership. It is for the government to decide, governed by its fiduciary obligations, the appropriate limits to the amount of land and the nature of the interest in land that it is transferring. In this case, the statute that would have governed in a parallel, non-aboriginal context is the *Water Act*. Section 21(2) of that Act authorized the taking of only that land that is "reasonably required". While s. 21 does not authorize taking a fee (simple or determinable) when a right of way over the surface will do, it is equally plain that s. 21 does

la réserve, il ne permettait pas, dans les circonstances de l'espèce, que des terres soient exclues de la réserve et soustraites à l'application de l'al. 83(1)a). Comme, en l'espèce, la *Water Act* est la source du pouvoir d'expropriation, le pouvoir discrétionnaire d'octroyer des « terres » en vertu du par. 35(3) se limitait aux terres ou aux droits y afférents « raisonnablement requi[s] » pour les besoins du canal. Étant donné que le canal était déjà construit lorsque le transfert a eu lieu, le droit en question est celui qui est raisonnablement requis uniquement pour l'exploitation et l'entretien du canal. De plus, il est évident que le fief simple n'est pas nécessaire pour l'exploitation et l'entretien du canal, puisque ces activités sont actuellement la responsabilité de la ville, qui semble détenir un certain intérêt à bail sur les terres. Un canal est, de par sa nature, assimilable à un chemin de fer en ce qu'il s'agit de deux structures permanentes aménagées sur le sol et qui impliquent des activités d'exploitation et d'entretien, et l'octroi d'une servitude légale peut suffire pour la construction et l'entretien d'un chemin de fer.

Le décret n'indique pas une intention claire et nette d'éteindre le droit de la bande sur les terres de réserve visées. Il est ambigu quant à la nature du droit cédé. Vu cette ambiguïté, il faut recourir aux principes d'interprétation applicables aux questions relatives aux droits des Indiens et retenir l'interprétation qui porte le moins possible atteinte à ces droits. En conséquence, le décret doit être considéré comme ayant pour effet d'accorder une servitude légale à la province et les terres formant le canal sont donc toujours situées « dans la réserve » pour l'application de l'al. 83(1)a).

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache (dissidents) : Il est possible de considérer que les dispositions de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* ont pour effet de permettre que des terres soient exclues de la réserve par leur prise en pleine propriété. Une telle prise est en fait l'équivalent forcé de la cession à titre absolu (prévue aux art. 37 à 39 de cette loi). Comme le libellé du troisième paragraphe reflète étroitement celui du par. 35(3), c'est donc ce paragraphe qui est concerné en l'espèce et non le par. 35(1). Une fois que, après avoir consenti à une expropriation fondée sur le par. 35(1), le gouvernement choisit de procéder en vertu du par. 35(3), il lui est loisible de transférer la pleine propriété. Il lui appartient alors, conformément à ses obligations de fiduciaire, de décider de la superficie qu'il convient de transférer et de la nature du droit foncier qu'il transfère. Dans la présente affaire, la loi qui aurait été applicable, dans un contexte non autochtone analogue, est la *Water Act*. Le paragraphe 21(2) de cette loi n'autorise que la prise des terres qui sont « raisonnablement requises ». Bien que l'art. 21 ne permette pas la prise d'un fief (simple ou

authorize the taking of a fee simple when that is reasonably required.

The effect of expropriation of a fee under s. 35 is analogous to the effect of absolute surrender. In both cases the land so dealt with ceases to be within the reserve. The effect of an expropriation of a fee under s. 35(1) or (3) is not necessarily different because the fee is “determinable”. In the absence of a term or condition specifying a reversionary interest in favour of the band, the expropriation under s. 35 for a public purpose does not contain the implicit condition that it be returned where it ceases to serve a public purpose. It would be entirely alien to the general law of expropriation to interpret the taking of a fee as inherently determinable on account of the possibility of its initial purpose being exhausted.

Interpreting s. 35 as authorizing the removal of land from the reserve is consistent with the purpose of the provision, as reflected in the Parliamentary debates. Practical considerations also support the conclusion that an expropriation of a freehold interest extinguishes the interest in the reserve. A major project like an irrigation canal, railway track, highway or airline landing strip generally requires outside investment. Were an aboriginal interest in land that is expropriated for such a purpose to continue to burden the land even after a taking of a fee, it would be difficult or impossible to grant potential investors security interest in the land.

Federal legislation passed before 1982 that sought to extinguish entirely an aboriginal right like aboriginal title must evince a clear and plain intention to do so. This “clear and plain intention” rule, derived from an understanding of aboriginal title, cannot be applied to aboriginal interest in reserve land, which is a statutory creature the existence of which is not premised on a relationship with the land. Aboriginal interest in reserve land is created under the *Indian Act*, which specifies, in the expropriation and the surrender provisions, how land loses its reserve status.

Through the adoption of the Order in Council by the federal government, the province obtained full ownership over the lands on which the irrigation canal is situated. The first part of the Order in Council unequivocally authorizes the taking of a fee in the lands on which the canal was built. The phrase “right-of-way” in the

résoluble) lorsqu’un droit de passage en surface suffit, il est également clair qu’il autorise la prise d’un fief simple lorsqu’une telle mesure est raisonnablement requise.

L’effet de l’expropriation d’un fief effectuée en vertu de l’art. 35 est analogue à celui d’une cession à titre absolu. Dans les deux cas, les terres visées cessent de faire partie de la réserve. L’effet de l’expropriation d’un fief sous le régime du par. 35(1) ou (3) n’est pas nécessairement différent parce que ce fief serait « résoluble ». En l’absence de condition établissant un intérêt réversif en faveur de la bande, une expropriation effectuée en vertu de l’art. 35 pour cause d’utilité publique ne comporte pas de façon implicite la condition que l’intérêt soit remis à la bande lorsqu’il cesse d’être requis pour la fin en question. Il serait totalement contraire au droit général de l’expropriation de considérer que la prise d’un fief est intrinsèquement résoluble compte tenu de la possibilité que sa raison d’être cesse d’exister.

Considérer que l’art. 35 permet d’exclure des terres de la réserve est une interprétation compatible avec l’objet cette disposition, comme en témoignent les débats parlementaires sur la question. Des considérations d’ordre pratique étayent également la conclusion que l’expropriation d’un intérêt franc éteint le droit sur les terres de réserve visées. Un ouvrage d’envergure comme un canal d’irrigation, une voie de chemin de fer, une autoroute ou une piste d’atterrissage requiert habituellement des sources de financement privées. Si un droit autochtone continuait, même après la prise d’un fief, de grever les terres expropriées pour une telle fin, il serait difficile, voire impossible d’accorder à des investisseurs potentiels une garantie sur ces terres.

Dans le cas des lois fédérales édictées avant 1982 qui visaient à éteindre complètement un droit ancestral tel un titre aborigène, cette intention doit ressortir de façon claire et nette de la loi en question. La règle de « l’intention claire et nette », qui découle d’une certaine conception du titre aborigène, ne saurait être appliquée au droit des Autochtones sur les terres des réserves, droit qui est une création d’origine législative et dont l’existence n’est pas fondée sur un rapport avec le territoire. Le droit des Autochtones sur les terres de réserve est créé sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, qui précise, dans ses dispositions relatives à l’expropriation et à la cession, les circonstances dans lesquelles une terre perd sa qualité de terre de réserve.

Par suite de la prise du décret par le gouvernement fédéral, la province de la Colombie-Britannique a obtenu la pleine propriété des terres sur lesquelles est situé le canal d’irrigation. La première partie du décret autorise clairement la prise d’un fief visant les terres sur lesquelles le canal d’irrigation a été construit. Dans la

“Description” in the second part is used consistently as a descriptor of a physical area of land rather than as a reference to the nature of the interest involved. The last sentence of the Order in Council, which refers to the reservation of mines and minerals, is additional evidence that the Order in Council effected the transfer of the equivalent of a fee. This conclusion is supported by consideration of what would be reasonably and practically required for the construction and maintenance of an irrigation canal. The canal is lined with concrete and fully dominates the tract of land on which it is located to the exclusion of all other uses. A taking of full ownership for canal purposes is clearly reasonable.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *BC Tel v. Seabird Island Indian Band*, [2000] 4 F.C. 350; *Opetchesaht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Burrard Power Co. v. The King* (1910), 43 S.C.R. 27; *The Queen in right of British Columbia v. Tener*, [1985] 1 S.C.R. 533; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; *Belfast Corp. v. O.D. Cars Ltd.*, [1960] A.C. 490; *Saskatchewan Land and Homestead Co. v. Calgary and Edmonton Railway Co.* (1913), 14 D.L.R. 193, aff'd (1915), 51 S.C.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Canadian Pacific Ltd.* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 62, 2000 BCSC 933; *British Columbia (Attorney General) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156; *Attorney General of Canada v. Western Highbie*, [1945] S.C.R. 385.

By Gonthier J. (dissenting)

St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City), [1997] 2 S.C.R. 657, aff'g [1996] 2 C.N.L.R. 222; *Shelf Holdings Ltd. v. Husky Oil Operations Ltd.* (1989), 56 D.L.R.

« Description », le terme « droit de passage » est systématiquement utilisé pour décrire physiquement la parcelle de terrain, et non pour indiquer la nature du droit en cause. La dernière phrase du décret, qui fait état de la réserve des mines et minéraux, constitue une preuve supplémentaire que le décret a eu pour effet de transférer l'équivalent d'un fief. Cette conclusion est confirmée par la prise en compte de ce qui est raisonnablement et pratiquement requis pour la construction et l'entretien d'un canal d'irrigation. Le canal est fait de béton et domine entièrement la parcelle de terrain sur laquelle il est situé, à l'exclusion de tout autre usage. Il est clairement raisonnable de prendre des terres en pleine propriété pour les besoins d'un canal.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés : *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Bande indienne de Matsqui*, [1998] A.C.F. n° 983 (QL); *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *BC Tel c. Bande indienne de Seabird Island*, [2000] 4 C.F. 350; *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Burrard Power Co. c. The King* (1910), 43 R.C.S. 27; *La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *Belfast Corp. c. O.D. Cars Ltd.*, [1960] A.C. 490; *Saskatchewan Land and Homestead Co. c. Calgary and Edmonton Railway Co.* (1913), 14 D.L.R. 193, conf. (1915), 51 R.C.S. 1; *Canada (Attorney General) c. Canadian Pacific Ltd.* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 62, 2000 BCSC 933; *British Columbia (Attorney General) c. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156; *Attorney General of Canada c. Western Highbie*, [1945] R.C.S. 385.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville), [1997] 2 R.C.S. 657, conf. [1996] 2 C.N.L.R. 222; *Shelf Holdings Ltd. c. Husky Oil Operations Ltd.* (1989), 56

(4th) 193, leave to appeal denied, [1989] 1 S.C.R. xiv; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Opechesah Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119; *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554; *Musqueam Indian Band v. Glass*, [2000] 2 S.C.R. 633, 2000 SCC 52; *Rugby Joint Water Board v. Shaw-Fox*, [1973] A.C. 202; *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; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649; *BC Tel v. Seabird Island Indian Band*, [2000] 4 F.C. 350.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Indian Act (designated lands), S.C. 1988, c. 23, s. 10.
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 2(1)(o), 18(1), 35, 37, 38, 39.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 19, 81(1) [am. c. 32 (1st Supp.)], s. 15], 83 [am. c. 17 (4th Supp.)], s. 10].
Municipal Act, R.S.B.C. 1996, c. 323.
 Order in Council P.C. 1957-577.
 Osoyoos Indian Band Property Assessment By-law P.R. 95-01, s. 80(1).
Water Act, R.S.B.C. 1948, c. 361, s. 21(1), (2).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990, "take".
 Canada. House of Commons. Special Committee appointed to consider Bill No. 79, *An Act Respecting Indians*. *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 3, April 18, 1951.
 Dukelow, Daphne A., and Betsy Nuse. *The Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, "take lands".
 La Forest, Gerard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.
 Lordon, Paul. *Crown Law*. Toronto: Butterworths, 1991.
 Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

D.L.R. (4th) 193, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. xiv; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Bande indienne des Opetchesah c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119; *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554; *Bande indienne de Musqueam c. Glass*, [2000] 2 R.C.S. 633, 2000 CSC 52; *Rugby Joint Water Board c. Shaw-Fox*, [1973] A.C. 202; *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; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Attorney-General for Quebec c. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Bande indienne de Matsqui*, [1998] A.C.F. n° 983 (QL) (C.A.); *BC Tel c. Bande indienne de Seabird Island*, [2000] 4 C.F. 350.

Lois et règlements cités

Décret C.P. 1957-577.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi modifiant la Loi sur les Indiens (terres désignées), L.C. 1988, ch. 23, art. 10.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 19, 81(1) [mod. ch. 32 (1^{er} suppl.)], art. 15], 83 [mod. ch. 17 (4^e suppl.)], art. 10].
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 2(1)(o), 18(1), 35, 37, 38, 39.
Municipal Act, R.S.B.C. 1996, ch. 323.
 Osoyoos Indian Band Property Assessment By-law P.R. 95-01, art. 80(1).
Water Act, R.S.B.C. 1948, ch. 361, art. 21(1), (2).

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing, 1990, « take ».
 Canada. Chambre des communes. Comité spécial institué pour étudier le Bill n° 79, *Loi concernant les Indiens*. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 3, 18 avril 1951.
 Dukelow, Daphne A., and Betsy Nuse. *The Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1995, « take lands ».
 La Forest, Gerard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto : University of Toronto Press, 1969.
 Lordon, Paul. *La Couronne en droit canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992.
 Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 172 D.L.R. (4th) 589, 122 B.C.A.C. 220, 200 W.A.C. 220, 68 B.C.L.R. (3d) 218, [1999] 4 C.N.L.R. 91, [1999] B.C.J. No. 997 (QL), 1999 BCCA 297, affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (1997), 145 D.L.R. (4th) 552, [1998] 2 C.N.L.R. 66, [1997] B.C.J. No. 828 (QL). Appeal allowed, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. dissenting.

Louise Mandell, Q.C., Leslie Pinder and Clarine Ostrove, for the appellant.

Barry Williamson and Gregg Cockrill, for the respondent the Town of Oliver.

Timothy P. Leadem, Q.C., Paul Yearwood and Hunter Gordon, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia.

Gerald Donegan, Q.C., Kathy Ring and Mary King, for the intervener the Attorney General of Canada.

John R. Rich and F. Matthew Kirchner, for the intervener the Squamish Indian Band.

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

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

In this appeal, the Court is asked to decide whether the Osoyoos Indian Band (the “Band”) has the authority to assess and impose a tax on a strip of property that crosses Osoyoos Indian Reserve Number 1. The answer to this question depends on whether the land at issue is “in the reserve” within the meaning of s. 83(1)(a) of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. The principal legal issue in this case is what interpretation should be given to a 1957 Order in Council made by the Governor in Council pursuant to s. 35 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149,

POURVOI contre un jugement de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1999), 172 D.L.R. (4th) 589, 122 B.C.A.C. 220, 200 W.A.C. 220, 68 B.C.L.R. (3d) 218, [1999] 4 C.N.L.R. 91, [1999] B.C.J. No. 997 (QL), 1999 BCCA 297, qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1997), 145 D.L.R. (4th) 552, [1998] 2 C.N.L.R. 66, [1997] B.C.J. No. 828 (QL). Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache sont dissidents.

Louise Mandell, c.r., Leslie Pinder et Clarine Ostrove, pour l’appelante.

Barry Williamson et Gregg Cockrill, pour l’intimée la ville d’Oliver.

Timothy P. Leadem, c.r., Paul Yearwood et Hunter Gordon, pour l’intimée Sa Majesté la Reine du Chef de la Province de la Colombie-Britannique.

Gerald Donegan, c.r., Kathy Ring et Mary King, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

John R. Rich et F. Matthew Kirchner, pour l’intervenante la Bande indienne de Squamish.

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

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à décider si la bande indienne d’Osoyoos (la « Bande ») a le pouvoir d’évaluer et de taxer une parcelle de terrain qui traverse la réserve numéro 1 de la Bande. Pour répondre à cette question, il faut déterminer si la parcelle en cause est située « dans la réserve » au sens de l’al. 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. En l’espèce, la principale question de droit est l’interprétation qu’il convient de donner au décret qu’a pris le gouverneur en conseil, en 1957, en vertu de l’art. 35 de la *Loi sur*

granting an interest in the land at issue to the Province of British Columbia.

2 For the reasons that follow, I am of the view that the Band can tax the land in question and so I would allow the appeal.

II. Facts

3 Although my colleague, Gonthier J., has lucidly described the background in this appeal, I prefer to set out the relevant facts and background for purposes of discussion and analysis.

4 Osoyoos Indian Reserve Number 1 (the "reserve"), which is located near the Town of Oliver in the Okanagan Valley in southern British Columbia, is a reserve within the meaning of the *Indian Act*.

5 Sometime prior to March 25, 1925, a concrete-lined irrigation canal occupying a total area of 56.09 acres was constructed on a strip of land that bisects the reserve. The canal was constructed to aid in the agricultural development of the South Okanagan region of British Columbia. However, it was not until 1957 that an attempt was made to formalize the interests in the canal lands.

6 On April 25, 1957, the Governor in Council enacted Order in Council 1957-577 pursuant to the authority of s. 35 of the *Indian Act* in respect to the strip of land then occupied by the irrigation canal. The Order in Council provided as follows:

WHEREAS the Minister of Agriculture for the Province of British Columbia has applied for the lands hereinafter described, being a portion of Osoyoos Indian Reserve number one, in the said Province for irrigation canal purposes;

AND WHEREAS the sum of \$7,700 has been received from the Province of British Columbia in full payment for the land required in accordance with a valuation approved by the Band Council of the Osoyoos Band of Indians on the 30th of March, 1955 and officials of the Indian Affairs Branch;

les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, et qui conférait à la province de la Colombie-Britannique un droit sur la parcelle en litige.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la Bande peut taxer la parcelle en question et, en conséquence, j'accueillerais le pourvoi.

II. Les faits

Bien que mon collègue le juge Gonthier ait décrit de façon claire le contexte du présent pourvoi, je préfère exposer les faits et le contexte pertinents pour les fins de l'examen et de l'analyse.

La réserve numéro 1 de la Bande (la « Réserve »), qui est située près de la ville d'Oliver dans la vallée de l'Okanagan dans le sud de la Colombie-Britannique, est une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*.

À un certain moment avant le 25 mars 1925, on a construit un canal d'irrigation en béton d'une superficie totale de 56,09 acres sur une parcelle de terrain scindant la Réserve en deux. La construction du canal visait à contribuer au développement agricole de la région d'Okanagan sud en Colombie-Britannique. Toutefois, ce n'est qu'en 1957 qu'on a tenté d'officialiser les droits sur les terres formant le canal.

Le 25 avril 1957, en vertu du pouvoir prévu à l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, le gouverneur en conseil a pris le décret 1957-577 relativement à la parcelle de terrain occupée alors par le canal d'irrigation. Le décret était ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

ATTENDU que le ministre de l'Agriculture de la province de la Colombie-Britannique a demandé, pour les besoins d'un canal d'irrigation, les terres décrites ci-après, qui constituent une portion de la réserve indienne numéro un de la bande indienne d'Osoyoos, dans ladite province;

ET ATTENDU que la somme de 7 700 \$ a été reçue de la province de la Colombie-Britannique à titre de paiement complet des terres demandées, conformément à l'évaluation approuvée par le conseil de la bande indienne d'Osoyoos le 30 mars 1955 et par les fonctionnaires de la Division des Affaires indiennes;

THEREFORE, His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration, pursuant to the provisions of Section 35 of the Indian Act, is pleased hereby to consent to the taking of the said lands by the Province of British Columbia and to transfer the administration and control thereof to Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia:

DESCRIPTION

The whole of those rights-of-way, in Osoyoos Indian Reserve number one, in the province of British Columbia, said rights-of-way containing together by admeasurement fifty-six acres and nine hundredths of an acre, more or less, as said rights-of-way are shown bordered red on a plan of record number Irr twenty-one hundred and thirty-four in the Indian Affairs survey records at Ottawa; saving and excepting thereout and therefrom all that portion lying within a right-of-way for a road, as the last aforesaid right of way is shown bordered red on a plan of record number Rd thirty-six hundred and eighty in said records, a copy of which is deposited in the Land Registry Office for the district of Kamloops at Kamloops under number A thirteen hundred and seventy-seven; also saving and excepting thereout and therefrom all roads reserved by the Province of British Columbia by provincial order-in-council number one thousand and thirty-six, also subject to a prior Grant of Easement for a Power Transmission Line granted to West Kootenay Power and Light Company Ltd. by Order-in-Council P.C. 143 dated January 25, 1937, for a term of thirty years, this right-of-way containing by admeasurement 22 acres and two-tenths of an acre, more or less, and is shown on a plan of survey by R.P. Brown, B.C.L.S. dated November 16, 1936 and which is of record in the Indian Affairs Branch as Plan No. M. 2691.

Reserving thereout and therefrom all mines and minerals and the right to work the same.

The provincial Minister of Agriculture's powers of expropriation for irrigation were contained in s. 21 of the *Water Act*, R.S.B.C. 1948, c. 361. This power to expropriate was not formally invoked. Instead, the Governor in Council acted on the Minister's application by making a grant under s. 35(3) of the *Indian Act* without formal expropriation. The Order in Council was the only instrument authorizing the transfer of the land in question.

À CES CAUSES, il plaît à Son Excellence le gouverneur général en conseil, sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et conformément aux dispositions de l'article 35 de la Loi sur les Indiens, de consentir à la prise de ces terres par la province de la Colombie-Britannique et d'en céder la gestion et la maîtrise à Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique :

DESCRIPTION

L'ensemble des droits de passage, dans la réserve numéro un de la bande indienne d'Osoyoos, dans la province de la Colombie-Britannique, lesdits droits de passage s'étendant sur une superficie d'environ cinquante-six acres et neuf centièmes, tels qu'ils sont représentés, lisérés de rouge, sur le plan enregistré numéro Irr deux mille cent trente-quatre des registres d'arpentage des Affaires indiennes à Ottawa; à l'exception toutefois de toute la portion située à l'intérieur des limites du droit de passage servant à une route, ce droit de passage étant représenté, liséré de rouge, sur le plan enregistré sous le numéro Rd trois mille six cent quatre-vingt de ces registres, dont une copie est déposée au bureau d'enregistrement des droits immobiliers du district de Kamloops à Kamloops, sous le numéro A mille trois cent soixante-dix-sept; à l'exception également de toutes les routes réservées par la province de la Colombie-Britannique, au moyen du décret provincial numéro mille trente-six, et aussi sous réserve d'une servitude existante relative à une ligne de haute tension, octroyée à West Kootenay Power and Light Company Ltd., au moyen du décret C.P. 143, daté du 25 janvier 1937, pour une période de trente ans, ce droit de passage ayant une superficie d'environ 22 acres et deux dixièmes, et est représenté sur un plan d'arpentage préparé par R.P. Brown, B.C.L.S., en date du 16 novembre 1936 et inscrit au registre de la Division des Affaires indiennes sous le numéro de plan M. 2691.

Le tout sous réserve des mines et des minéraux et du droit de les exploiter.

Le pouvoir du ministre provincial de l'Agriculture d'exproprier des terres aux fins d'exécution de travaux d'irrigation était prévu à l'art. 21 de la *Water Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 361. Ce pouvoir n'a pas été invoqué officiellement. Le gouverneur en conseil a plutôt donné suite à la demande du ministre en permettant un octroi en vertu du par. 35(3) de la *Loi sur les Indiens* sans expropriation officielle. Le décret était le seul texte autorisant le transfert de la parcelle en question.

8 On September 12, 1961, the canal lands were registered by way of Certificate of Indefeasible Title in the name of Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia, in the Kamloops Registry of the British Columbia Land Title Office.

9 The Town of Oliver currently operates and maintains the canal. It is unclear under what authority the Town of Oliver occupies the canal lands. The Court of Appeal below was advised, and assumed, that the Town of Oliver was a party to a lease entered into with the Province. However, the parties now agree that there is no lease document as such.

10 In 1994, the Osoyoos Indian Band Council ("Band Council") enacted property assessment and property taxation by-laws pursuant to s. 83 of the *Indian Act* (the "Assessment By-laws") applicable to land in the reserve.

11 The Assessment By-laws provide for the appointment of an assessor for carrying out the purposes of the By-law. Pursuant to that power, the Band Council appointed the B.C. Assessment Authority as an assessor.

12 On August 28, 1995, the Band Council passed a resolution (1995-65) which directed the B.C. Assessment Authority to assess the canal lands and include them on the 1996 assessment roll of the Band. The Assessment Authority placed the canal lands on the folios of the Band. The canal lands have been assessed as follows:

Le 12 septembre 1961, les terres formant le canal ont été inscrites au bureau d'enregistrement des droits immobiliers à Kamloops par voie de certificat de titre incontestable au nom de Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

Actuellement, la ville d'Oliver exploite et entretient le canal. La source du pouvoir en vertu duquel la ville d'Oliver occupe les terres formant le canal est incertaine. À la lumière de ce qu'on lui a dit, la Cour d'appel a tenu pour acquis que la ville d'Oliver était partie à un bail conclu avec la province. Toutefois, les parties conviennent maintenant qu'il n'existe aucun document constatant un bail.

En 1994, en application de l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens*, le conseil de la Bande indienne d'Osoyoos (le « conseil de bande ») a pris des règlements administratifs en matière d'évaluation et de taxation foncières (la « réglementation ») applicables aux terres situées dans la Réserve.

La réglementation pourvoit à la nomination d'un évaluateur chargé de leur application. En vertu de ce pouvoir, le conseil de bande a nommé la B.C. Assessment Authority (ci-après la « Commission d'évaluation foncière ») comme évaluatrice.

Le 28 août 1995, le conseil de bande a adopté une résolution (1995-65) ordonnant à la Commission d'évaluation foncière d'évaluer les terres formant le canal et de les inscrire au rôle d'évaluation de la Bande pour 1996. La Commission d'évaluation foncière a inscrit ces terres dans les registres de la Bande. Elle les a évaluées ainsi :

	Land	Improvements	Total Assessed Value		Terrain	Améliorations	Valeur imposable
Lot A	\$ 37,100	\$ 95,300	\$132,400	Lot A	37 100 \$	95 300 \$	132 400 \$
Lot B	\$ 36,200	\$ 99,200	\$135,400	Lot B	36 200 \$	99 200 \$	135 400 \$
Lot C	\$ 63,800	\$110,000	\$173,800	Lot C	63 800 \$	110 000 \$	173 800 \$
Lot D	\$ 26,400	\$ 56,900	\$ 83,300	Lot D	26 400 \$	56 900 \$	83 300 \$
	<hr/>	<hr/>	<hr/>		<hr/>	<hr/>	<hr/>
	\$163,500	\$361,400	\$524,900		163 500 \$	361 400 \$	524 900 \$

The Town of Oliver objected to the assessment of the canal lands by the Band. The Town of Oliver and the Province were invited to make representations before the Osoyoos Indian Band Board of Review. The Board of Review resolved to suspend proceedings and state a case for the Supreme Court of British Columbia consisting of the following two questions:

1. Are lands, taken pursuant to s. 35 of the *Indian Act*, "land or interests in land" in a reserve of a Band within the meaning of s. 83(1)(a) of the *Indian Act* such that those lands are assessable and taxable pursuant to Band Assessment By-laws and taxable pursuant to Band Taxation By-laws?
2. If s. 35 of the *Indian Act* authorizes the removal of lands from reserve status, does federal Order in Council 1957-577, by which the Lands were transferred, remove the Lands from reserve status so that they are not assessable and taxable by the Osoyoos Indian Band?

The chambers judge answered "No" to Question 1 and "Yes" to Question 2. In the result, he held that the land at issue was outside the reserve and the Band's jurisdiction to tax under s. 83(1)(a).

On appeal, a majority of the British Columbia Court of Appeal affirmed the judgment of the chambers judge. Lambert J.A., in dissent, would have allowed the appeal.

III. Relevant Statutory Provisions

Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149

2. (1) In this Act,

(o) "reserve" means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band;

18. (1) Subject to the provisions of this Act, reserves shall be held by Her Majesty for the use and benefit of

La ville d'Oliver s'est opposée à l'évaluation des terres formant le canal par la Bande. La ville d'Oliver et la province ont été invitées à présenter des observations à la Commission de révision de l'évaluation foncière de la Bande. La Commission de révision a décidé de suspendre l'instance et de soumettre à la Cour suprême de la Colombie-Britannique un exposé de cause comportant les deux questions suivantes :

[TRADUCTION]

1. Est-ce que les terres prises en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* sont des « immeubles [ou] des droits sur ceux-ci » situés dans la réserve d'une bande au sens de l'al. 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* et sont, de ce fait, évaluables et imposables en vertu du règlement d'évaluation foncière de la bande et imposables en vertu de son règlement en matière de taxation?
2. Si l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* permet de retirer à des terres leur qualité de terres de réserve, est-ce que le décret fédéral 1957-577, en vertu duquel les terres ont été transférées, a eu cet effet sur les terres en cause, de sorte qu'elles ne sont pas évaluables et imposables par la bande indienne d'Osoyoos?

Le juge en chambre a répondu « non » à la question 1 et « oui » à la question 2. Il a donc conclu que la parcelle en question n'était pas située dans la Réserve et n'était pas visée par le pouvoir de taxation reconnu à la Bande par l'al. 83(1)a).

En appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont confirmé la décision du juge en chambre. Le juge Lambert, dissident, aurait accueilli l'appel.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149

2. (1) Dans la présente loi, l'expression

o) « réserve » signifie une parcelle de terrain dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté et qu'Elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande;

18. (1) Sauf les dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des

the respective bands for which they were set apart; and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

35. (1) Where by an Act of the Parliament of Canada or a provincial legislature Her Majesty in right of a province, a municipal or local authority or a corporation is empowered to take or to use lands or any interest therein without the consent of the owner, the power may, with the consent of the Governor in Council and subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council, be exercised in relation to lands in a reserve or any interest therein.

(2) Unless the Governor in Council otherwise directs, all matters relating to compulsory taking or using of lands in a reserve under subsection (1) shall be governed by the statute by which the powers are conferred.

(3) Whenever the Governor in Council has consented to the exercise by a province, authority or corporation of the powers referred to in subsection (1), the Governor in Council may, in lieu of the province, authority or corporation taking or using the lands without the consent of the owner, authorize a transfer or grant of such lands to the province, authority or corporation, subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council.

(4) Any amount that is agreed upon or awarded in respect of the compulsory taking or using of land under this section or that is paid for a transfer or grant of land pursuant to this section shall be paid to the Receiver General of Canada for the use and benefit of the band or for the use and benefit of any Indian who is entitled to compensation or payment as a result of the exercise of the powers referred to in subsection (1).

Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5

83. (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; et, sauf la présente loi et les stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

35. (1) Lorsque, par une loi du Parlement du Canada ou d'une législature provinciale, Sa Majesté du chef d'une province, une autorité municipale ou locale, ou une corporation, a le pouvoir de prendre ou d'utiliser des terres ou tout droit y afférent sans le consentement du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil et aux conditions qu'il est loisible à ce dernier de prescrire, être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent.

(2) À moins que le gouverneur en conseil n'en ordonne autrement, toutes les matières concernant la prise ou l'utilisation obligatoire de terres dans une réserve, aux termes du paragraphe (1), doivent être régies par la loi qui confère les pouvoirs.

(3) Lorsque le gouverneur en conseil a consenti à l'exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1) par une province, autorité ou corporation, il peut, au lieu que la province, l'autorité ou la corporation prenne ou utilise les terres sans le consentement du propriétaire, permettre un transfert ou octroi de ces terres à la province, autorité ou corporation, sous réserve des conditions prescrites par le gouverneur en conseil.

(4) Tout montant dont il est convenu ou qui est accordé à l'égard de la prise ou de l'utilisation obligatoire de terrains sous le régime du présent article ou qui est payé pour un transfert ou octroi de terre selon le présent article, doit être versé au receveur général du Canada à l'usage et au profit de la bande ou à l'usage et au profit de tout Indien qui a droit à l'indemnité ou au paiement du fait de l'exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1).

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5

83. (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants :

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

(2) An expenditure made out of moneys raised pursuant to subsection (1) must be so made under the authority of a by-law of the council of the band.

(3) A by-law made under paragraph (1)(a) must provide an appeal procedure in respect of assessments made for the purposes of taxation under that paragraph.

Water Act, R.S.B.C. 1948, c. 361

21. (1) In this and the following three sections "land" includes any estate or interest in or easement over land.

(2) Every licensee shall have the right to expropriate any land reasonably required for the construction, maintenance, improvement, or operation of any works authorized under his licence, and the holder of any licence that authorizes the diversion of water for domestic purpose or waterworks purpose shall have the right to expropriate, in addition, any land the control of which by the licensee would help to prevent pollution of the water authorized to be diverted, and, with the consent of the Lieutenant-Governor in Council, the holder of any licence that authorizes the construction of a dam shall have the right to expropriate, in addition, any land that would be flooded if the dam were constructed and utilized to the maximum height authorized. The owner of land so expropriated shall be compensated therefor by the licensee, and the procedure to be followed in expropriating land and the method of determining the compensation shall be as prescribed in the regulations.

IV. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court* (1997), 145 D.L.R. (4th) 552

With respect to the first of the stated questions, Mackenzie J. reviewed the applicable jurisprudence of the British Columbia courts together with the language of the relevant statutory provisions. He found that the plain meaning of the words of s. 35(3) of the *Indian Act* led irresistibly to the conclusion that the provision is capable of authorizing the conveyance of a fee simple interest in lands from a reserve. Furthermore, the transfer of a fee simple absolute removes land from a reserve and therefore land taken pursuant to s. 35 is no longer reserve land and it is not assessable or taxable under s.

(2) Toute dépense à faire sur les fonds prélevés en application du paragraphe (1) doit l'être sous l'autorité d'un règlement administratif pris par le conseil de la bande.

(3) Les règlements administratifs pris en application de l'alinéa (1)a doivent prévoir la procédure de contestation de l'évaluation en matière de taxation.

Water Act, R.S.B.C. 1948, ch. 361

[TRADUCTION]

21. (1) Dans le présent article et dans les trois suivants, le mot « terres » s'entend également des domaines, droits, intérêts ou servitudes relatifs à celles-ci.

(2) Les détenteurs de permis ont le droit d'exproprier les terres raisonnablement requises pour la construction, l'entretien, l'amélioration ou l'exploitation de tout ouvrage autorisé par leur permis, et le détenteur d'un permis autorisant la dérivation des eaux à des fins domestiques ou pour un réseau d'aqueduc a en outre le droit d'exproprier toute terre dont la maîtrise l'aiderait à empêcher la pollution des eaux qu'il est autorisé à dériver, et, avec le consentement du lieutenant gouverneur en conseil, le détenteur d'un permis autorisant la construction d'un barrage a également le droit d'exproprier toute terre qui serait inondée si le barrage était construit et utilisé à la hauteur maximale autorisée. Le propriétaire de la terre expropriée doit être indemnisé pour celle-ci par le détenteur du permis, auquel cas la procédure d'expropriation et la méthode de détermination de l'indemnité sont celles prescrites par règlement.

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1997), 145 D.L.R. (4th) 552

Relativement à la première question énoncée, le juge Mackenzie a examiné les décisions applicables des tribunaux de la Colombie-Britannique en corrélation avec le texte des dispositions législatives pertinentes. Il a conclu que le sens ordinaire des termes utilisés au par. 35(3) de la *Loi sur les Indiens* menait inéluctablement à la conclusion que cette disposition permet la cession d'un intérêt en fief simple sur des terres de réserve. De plus, la cession d'un fief simple absolu exclut les terres visées de la réserve et, de ce fait, les terres prises en vertu de l'art. 35 ne sont plus des terres de réserve et ne sont pas évaluable ou imposables en vertu de l'al. 83(1)a). Le

83(1)(a). Accordingly, he answered Question 1 “No”.

le juge MacKenzie a en conséquence répondu par la négative à la première question.

18 With respect to the second of the stated questions, Mackenzie J. found that there are no words of limitation in the operative words of the Order in Council. In his view, the words “for irrigation canal purposes” did not create an easement or determinable fee with a reversion interest, nor were there any words that could be characterized as a condition. He concluded at para. 6:

Relativement à la deuxième question énoncée, le juge Mackenzie a conclu que les mots clés du décret ne comportaient pas de termes restrictifs. À son avis, les mots « pour les besoins d’un canal d’irrigation » n’ont pas créé une servitude ni un fief résoluble assorti d’un intérêt réversif, et il n’y avait pas non plus de mots susceptibles d’être qualifiés de condition. Il a conclu ainsi, au par. 6 :

There are no restrictions on the extent of the transfer of administration and control which would limit it to the equivalent of an easement. In my view, the transfer here must be a transfer of administration and control unlimited in time, the equivalent of an absolute fee, or a transfer determinable on the lands ceasing to be used for irrigation purposes. The lands are still being used for irrigation purposes and no event which could terminate the transfer of administration and control has occurred.

[TRADUCTION] Le transfert de la gestion et de la maîtrise n’est assorti d’aucune restriction qui en ferait l’équivalent d’une servitude. À mon avis, il s’agit en l’espèce du transfert de la gestion et de la maîtrise pour une période indéterminée, soit l’équivalent d’un fief absolu ou d’un transfert résoluble lorsque les terres visées cesseraient d’être utilisées aux fins d’irrigation. Les terres sont toujours utilisées à ces fins et aucun événement susceptible de mettre fin au transfert de la gestion et de la maîtrise n’est survenu.

19 Mackenzie J. rejected the argument that a determinable fee in reserve lands can be taxed. He concluded that a determinable fee in reserve lands removed the lands from the reserve for taxation purposes while the fee continued.

Le juge Mackenzie a rejeté l’argument voulant qu’un fief résoluble visant des terres de réserve soit imposable. Il a conclu qu’un tel fief résoluble faisait perdre aux terres en question leur qualité de terres de réserve aux fins de taxation pendant la durée du fief.

20 Finally, Mackenzie J. concluded that, assuming without deciding that the minerals remain in the reserve, the power to tax reserve lands does not reach the reservation for mines and minerals.

Enfin, tenant pour acquis — sans trancher la question — que les minéraux demeurent dans la réserve, le juge Mackenzie a conclu que le pouvoir de taxer les terres de réserve ne s’étend pas aux mines et minéraux réservés.

21 For the foregoing reasons, Mackenzie J. answered the second question “Yes”.

Pour les motifs qui précèdent, le juge Mackenzie a répondu par l’affirmative à la deuxième question.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589

1. Newbury and Prouse JJ.A.

1. Les juges Newbury et Prowse

22 In writing for the majority, Newbury J.A. began her analysis by stating her view that it was inappropriate and unnecessary to enter into an analysis of aboriginal title in connection with the stated questions. For Newbury J.A., the real question on appeal was whether the “taking” effected by the Order in

Rédigeant les motifs de la majorité, Madame le juge Newbury a commencé son analyse en exprimant l’opinion qu’il n’était ni opportun ni utile d’étudier le titre aborigène relativement aux questions énoncées. À son avis, la véritable question litigieuse dans le cadre de l’appel était de savoir si la

Council was such that the land no longer qualified as land “in the reserve”.

Newbury J.A. then turned to the principles applicable to the interpretation of the statutes and documents at issue in this case. She held, at para. 90, that “[n]ative intentions, like the intentions of any owner whose land is expropriated, will usually be irrelevant in these circumstances, where the larger public good prevails over the interests and wishes of the owner”. She noted, however, that special considerations apply in this case because Indian reserve lands are involved. In particular, she found that common law real property concepts do not apply to native lands, and that the fiduciary duty of the Crown requires that Indian rights and benefits be interpreted so as to impair such rights to the least extent possible. This principle of “minimal impairment” translates into a rule of construction whereby ambiguities in an instrument or enactment must be resolved in favour of the Indians as it is assumed the Crown would not breach its fiduciary duty. Newbury J.A. noted that this approach is consistent with and supplements the rule of construction in expropriation law that ambiguities are decided in favour of the owner whose land has been taken.

Nevertheless, Newbury J.A. went on to conclude, at para. 93, that the reason for this approach is the need to ensure that “native intentions” are not frustrated by the application of “formalistic and arguably alien rules”. Here, in the case of an expropriation under s. 35, where the primary parties are the federal and provincial governments by whom common law concepts of real property are well understood, “formalistic” words of limitation will be the focus of the inquiry.

Newbury J.A. then turned to interpret the terms of the Order in Council. She noted, at para. 97, that the Order refers to the taking of “lands”, and the

« prise » effectuée au moyen du décret avait eu pour effet d'enlever aux terres visées leur qualité d'immeubles « situés dans la réserve ».

Madame le juge Newbury a ensuite examiné les principes applicables à l'interprétation des lois et documents en cause dans la présente affaire. Elle a estimé que, à l'instar de l'intention de tout propriétaire dont les terres sont expropriées, [TRADUCTION] « l'intention des Autochtones n'est généralement pas pertinente dans de telles circonstances, où l'intérêt public général prévaut sur les droits et les désirs du propriétaire » (par. 90). Elle a toutefois souligné que des considérations spéciales s'appliquaient en l'espèce du fait que des terres de réserve étaient en litige. De façon particulière, elle a conclu que les concepts du droit des biens en common law ne s'appliquaient pas aux terres autochtones et que l'obligation de fiduciaire de la Couronne exigeait que les droits et avantages des Indiens soient interprétés de la façon y portant le moins atteinte possible. Ce principe d'« atteinte minimale » se traduit par une règle d'interprétation voulant que les ambiguïtés d'un acte instrumentaire ou d'un texte de loi profitent aux Indiens, puisque la Couronne est présumée ne pas vouloir contrevenir à son obligation de fiduciaire. Le juge Newbury a souligné que cette approche respecte et complète la règle d'interprétation applicable en droit de l'expropriation et selon laquelle il faut résoudre les ambiguïtés en faveur du propriétaire dont la terre est prise.

Néanmoins, le juge Newbury a ensuite conclu, au par. 93, que la raison d'être de cette approche était la nécessité de veiller à ce que [TRADUCTION] « l'intention des Autochtones » ne soit pas frustrée par l'application de « règles formalistes qui, pourrait-on soutenir, leurs sont étrangères ». En l'espèce, dans le cas d'une expropriation effectuée en vertu de l'art. 35, où les parties principales sont le gouvernement fédéral et un gouvernement provincial, qui sont tous deux familiers avec les concepts du droit des biens en common law, l'examen s'attachera aux termes restrictifs « formalistes ».

Madame le juge Newbury a ensuite interprété les termes utilisés dans le décret. Elle a souligné, au par. 97, que celui-ci parlait de la prise de « terres »,

23

24

25

payment for “the land”, and the transfer of “administration and control”. In her view, looking at the matter in non-technical terms, if the taking of an easement were intended, the Order in Council would refer to a right of way or a right to “use” of the land, but not to the “land” itself.

26 She then asked whether the use of the phrase “rights-of-way” under the heading “Description” altered the tenor of the document or created an ambiguity. Newbury J.A. found that the modern usage of the phrase does not always correspond with the common law concept. She was of the view that it is consistent with the authorities establishing the nature of rights of way outside the aboriginal context to read the use of the plural “rights-of-way” as the absence of any restrictions on the Province’s ability to use the lands, and to read the reservation of mines and minerals as denoting an intention to grant absolute ownership of surface rights.

27 Newbury J.A. went on to explain, at para. 105, that the Order in Council did not grant only a right of way to the Province; it granted exclusive rights of enjoyment and possession that are inconsistent with the lands continuing to be held by Her Majesty in right of Canada “for the use and benefit of [the] Band”. The Order referred to “the taking of the said lands”, not simply the right to use or pass over the said lands; there was no indication the Province was acquiring anything other than exclusive rights (whether in fee simple or until the lands cease to be used for irrigation purposes); and the Order transferred “administration and control” of the lands to the Province — wording that is inconsistent with the lands continuing to be held “for the benefit of” the Band.

28 Newbury J.A. agreed with the chambers judge that the Order in Council did not contemplate the expropriation of a mere right of way, but of “the lands” themselves, which were thereby removed from the reserve. She held that, based on a non-technical view of the wording used, there was no ambiguity

du paiement « des terres » et du transfert de « la gestion et [de] la maîtrise ». Examinant la question d’un point de vue non formaliste, elle a dit être d’avis que si l’intention avait été de créer une servitude, le décret ferait mention non pas des « terres » elles-mêmes mais d’un droit de passage ou d’un droit d’usage des terres.

Madame le juge Newbury s’est alors demandée si l’utilisation de l’expression « droits de passage » sous l’intertitre « Description » modifiait la teneur du document ou créait une ambiguïté. Elle a conclu que l’usage moderne de cette expression ne correspondait pas toujours à ce concept en common law. À son avis, il est conforme à la jurisprudence ayant dégagé, en dehors du contexte autochtone, la nature des droits de passage, de considérer que l’usage du terme « droits de passage » au pluriel témoigne de l’absence de toute restriction assortissant le pouvoir de la province d’utiliser les terres, et que la réserve relative aux mines et aux minéraux dénote l’intention d’accorder la propriété absolue des droits de surface.

Madame le juge Newbury a poursuivi en expliquant, au par. 105, que le décret n’a pas uniquement octroyé un droit de passage à la province, mais il lui conféré des droits exclusifs de jouissance et de possession qui sont incompatibles avec la possibilité que les terres continuent d’être détenues par Sa Majesté du chef du Canada « à l’usage et au profit d[e] la] bande ». Le décret fait état de « la prise de ces terres », non pas simplement du droit de les utiliser ou passer sur celles-ci; rien n’indiquait que la province acquérait autre chose que des droits exclusifs (que ce soit en fief simple ou jusqu’à ce que les terres cessent d’être utilisées aux fins d’irrigation); et le décret cède « la gestion et la maîtrise » des terres à la province — formulation incompatible avec la possibilité que les terres continuent d’être détenues « au profit de » la Bande.

Madame le juge Newbury a souscrit à l’opinion du juge en chambre que le décret n’envisage pas l’expropriation d’un simple droit de passage, mais bien celle des « terres » elles-mêmes, qui ont ainsi été exclues de la Réserve. Elle a conclu, d’une part, qu’une interprétation non formaliste des termes

in the Order in Council, and that the same conclusion is supported by the ordinary common law rules applicable to rights of way and easements. Accordingly, Newbury J.A. dismissed the appeal, Prowse J.A. concurring.

2. Lambert J.A. (Dissenting)

For Lambert J.A., aboriginal title was very much in issue in the case before him. He held that as a matter of law the Indian interest in reserve land is the same interest constituted by aboriginal title, and he took judicial notice of the fact that the Band have aboriginal title to the land in their reserve. Therefore, Lambert J.A. began his analysis of the first question by asking whether a compulsory taking extinguishes aboriginal title.

Put shortly, his answer was that s. 35 of the *Indian Act* is not sufficiently clear and plain to extinguish aboriginal title, with the result that aboriginal title remains a burden on any land or interest in land taken under s. 35, including an interest like or equivalent to a fee simple. Therefore, in his view, land that has not been absolutely surrendered but is taken under s. 35 from within the geographical boundaries of a reserve remains land “in the reserve” for the purposes of taxation under s. 83(1)(a) of the Act. Accordingly, Lambert J.A. would answer the first question “Yes”.

With regard to the second question, Lambert J.A. set out the following principles that govern the interpretation of an Order in Council that affects the interests of Indians who are under the protection of the Crown. First, ambiguities in an enactment affecting Indian lands should be given the interpretation most favourable to the Indian interests if such an interpretation is one which the enactment will reasonably bear: see *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, and *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85. Second, an enactment should be given an interpretation and application that results in a minimal impairment of the Indian interests if that

utilisés ne révélait aucune ambiguïté dans le décret et, d'autre part, que les règles ordinaires de la common law applicables aux servitudes et aux droits de passage étayaient cette conclusion. Par conséquent, le juge Newbury a rejeté l'appel, avec l'appui de Madame le juge Prowse.

2. Le juge Lambert (dissident)

De l'avis du juge Lambert, le titre aborigène était très nettement une question en litige dans l'affaire dont il était saisi. Il a conclu que, en droit, le droit des Indiens sur les terres des réserves est le même droit que celui constitué par le titre aborigène, et il a pris connaissance d'office du fait que la Bande détenait le titre aborigène sur les terres de la Réserve. En conséquence, le juge Lambert a amorcé son analyse de la première question en se demandant si la prise forcée de terres avait pour effet d'éteindre le titre aborigène.

En bref, il a répondu que l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* n'était pas suffisamment clair et net pour éteindre le titre aborigène, de sorte que celui-ci demeurerait une charge grevant toute terre prise en vertu de cet article ou tout droit sur une telle terre, notamment un droit semblable ou équivalant à un fief simple. Par conséquent, à son avis, une terre qui n'a pas fait l'objet d'une cession absolue, mais qui est prise en vertu de l'art. 35 à l'intérieur des limites géographiques d'une réserve, demeure un immeuble « situ[é] dans la réserve » aux fins de taxation en vertu de l'al. 83(1)a) de la Loi. En conséquence, le juge Lambert aurait répondu par l'affirmative à la première question.

Quant à la deuxième question, le juge Lambert a énoncé les principes suivants, qui régissent l'interprétation d'un décret touchant les droits des Indiens sous la protection de la Couronne. Premièrement, les ambiguïtés d'un texte de loi touchant des terres indiennes doivent recevoir l'interprétation la plus favorable aux droits des Indiens à laquelle peut raisonnablement se prêter le texte : voir *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85. Deuxièmement, il faut donner à un texte de loi une interprétation et une application qui ne portent qu'une atteinte minimale aux droits des Indiens si

29

30

31

interpretation and application are in accordance with the enactment, reasonably construed: see *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3 (C.A.), at p. 25; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1119. Third, technical conveyancing principles should not guide the resolution of questions involving the “*sui generis*” nature of Indian land where the interests of the Crown and the Indians in question can be reconciled and harmonized in a way consistent with the purposes of the legislation and the purposes of the transaction itself, and where such reconciliation and harmonization would be prevented by an adherence to strict conveyancing principles: see *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, and *St. Mary’s Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657.

cette interprétation et cette application sont compatibles avec une interprétation raisonnable du texte en question : voir *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.), p. 25; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1119. Troisièmement, il ne faut pas que des règles de cession formalistes guident la résolution de questions faisant intervenir le caractère « *sui generis* » des terres indiennes lorsque les intérêts de la Couronne et des Indiens en jeu peuvent être conciliés et harmonisés d’une manière conforme à l’objet de la loi et de l’opération elle-même, et lorsque l’application rigoureuse de ces règles de cession empêcherait cette conciliation et cette harmonisation : voir *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, et *Bande indienne de St. Mary’s c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657.

32 Applying the foregoing principles, Lambert J.A. offered two alternative answers to Question 2. First, he held that the Order in Council transferred to the Province the administration and control of an interest in land akin to statutory easement, as opposed to a fee simple. Alternatively, he held that the Order in Council is ambiguous, and should be interpreted as transferring an interest sufficient to confer all the rights needed for the operation of the canal leaving the Band’s interest in the land minimally impaired and sufficient to support their taxation powers.

Appliquant les principes qui précèdent, le juge Lambert a proposé deux réponses à la question 2. Premièrement, il a conclu que le décret avait transféré à la province la gestion et la maîtrise d’un droit foncier analogue à une servitude légale, et non le fief simple. Deuxièmement, il a estimé que le décret est ambigu et qu’il faut considérer qu’il transfère tous les droits nécessaires à l’exploitation du canal, mais que le droit de la Bande sur les terres visées ne subit qu’une atteinte minimale et demeure suffisant pour fonder l’exercice de ses pouvoirs de taxation.

33 Accordingly, Lambert J.A. answered the second question “No”, and he would have allowed the appeal.

En conséquence, le juge Lambert a répondu par la négative à la deuxième question et il aurait accueilli l’appel.

V. Issues and Submissions of the Parties

V. Les questions en litige et les arguments des parties

- 34
1. Can a taking pursuant to s. 35 of the *Indian Act* extinguish an Indian band’s interest in reserve land such that the land is no longer “in the reserve” and falls outside the jurisdiction of the band?
 2. Did Order in Council 1957-577 remove the land at issue in this case from the Osoyoos Indian Reserve Number 1?

1. Est-ce que la prise de terres en vertu de l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens* peut avoir pour effet d’éteindre le droit d’une bande indienne dans des terres de réserve, de sorte que ces terres ne seraient plus situées « dans la réserve » et cesseraient de relever de l’autorité de la bande?
2. Le décret 1957-577 a-t-il eu pour effet d’exclure de la réserve numéro 1 de la bande indienne d’Osoyoos les terres litigieuses en l’espèce?

The appellant submits that s. 35 does not evince a clear and plain intent to extinguish the aboriginal interest in reserve land. Therefore, land in which an interest is taken pursuant to s. 35 remains within the reserve and subject to the Band's jurisdiction to tax. Hence, the answer to the first question is "No". The appellant further submits that because Indian interests are at stake, fiduciary principles constrain the discretion of the Governor in Council to transfer land under s. 35. Consequently, a minimal impairment rule should be applied in the interpretation of the Order in Council with the result that the Governor in Council could not have intended to, and did not in fact, remove the land at issue from the reserve. Hence, the answer to the second question is "No".

The Town of Oliver submits that s. 35 does authorize the expropriation of fee simple interests in reserve lands. Thus, because a fee simple interest in land is logically incompatible with an aboriginal interest in land, it is clear and plain that s. 35 is capable of extinguishing the aboriginal interest in reserve lands such that the lands are no longer within the legislative mandate of the *Indian Act*. The Province also argues that s. 35 clearly authorizes the expropriation of "any interest" in land, including an aboriginal interest in reserve land. Hence, the respondents' answer to the first question is "Yes". With respect to the interpretation of the Order in Council, the respondents submit that the Governor in Council is not under any fiduciary duty to the Band in the context of a taking of an interest in reserve land under s. 35. Therefore, a minimal impairment rule should not be applied in this case. The respondents further submit that Order in Council 1957-577 is not ambiguous and that its clear and plain effect was to transfer a fee simple interest in the land and not merely a statutory easement or some other lesser interest. Consequently, Order in Council 1957-577 did extinguish the aboriginal interest in the lands occupied by the irrigation canal and did remove the lands at issue from the reserve thus removing the taxing jurisdiction of

L'appelante soutient que l'art. 35 n'indique aucune intention claire et nette d'éteindre le droit des Autochtones sur les terres de réserve visées. Par conséquent, les terres sur lesquelles un droit est pris en vertu de l'art. 35 demeurent situées dans la Réserve et assujetties au pouvoir de taxation de la Bande. La réponse à la première question serait donc « Non ». L'appelante prétend également que, comme des droits indiens sont en jeu, les principes applicables en matière fiduciaire limitent le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil de transférer des terres en vertu de l'art. 35. En conséquence, il faut interpréter le décret conformément à la règle de l'atteinte minimale et, partant, le gouverneur en conseil ne saurait avoir eu l'intention d'exclure de la Réserve les terres en cause et, dans les faits, il ne l'a pas fait. La réponse à la deuxième question serait donc « Non ».

La ville d'Oliver fait valoir que l'art. 35 autorise l'expropriation d'intérêts en fief simple sur des terres de réserve. Ainsi, puisque l'intérêt en fief simple sur des terres est logiquement incompatible avec l'existence d'un droit sur ces terres, il est clair et net que l'art. 35 peut fonder l'extinction d'un tel droit sur des terres de réserve, de telle sorte que ces terres ne relèveraient plus de la *Loi sur les Indiens*. La province prétend aussi que l'art. 35 autorise clairement l'expropriation de « tout droit » sur les terres, y compris le droit des Autochtones sur des terres de réserve. Par conséquent, la réponse des intimées à la première question serait « Oui ». Quant à l'interprétation du décret, les intimées affirment que le gouverneur en conseil n'a aucune obligation de fiduciaire envers la Bande dans le contexte de la prise d'un droit sur des terres de réserve effectuée en vertu de l'art. 35. En conséquence, la règle de l'atteinte minimale ne devrait pas être appliquée en l'espèce. Les intimées ajoutent que le décret 1957-577 n'est pas ambigu et qu'il a eu pour effet clair et net de transférer un intérêt en fief simple sur les terres, et non pas simplement une servitude légale ou un autre droit inférieur. Par conséquent, le décret 1957-577 a éteint le droit des Autochtones sur les terres où se trouve le canal d'irrigation et il a exclu ces terres de la Réserve, les soustrayant ainsi au pouvoir de taxation de la Bande.

35

36

the Band. Hence, the answer to the second question is “Yes”.

VI. Analysis

A. *Preliminary Issues*

37 At the outset, I wish to address four preliminary issues that I believe have significant implications for the subsequent analysis and interpretation of the Order in Council.

1. Unsatisfactory Factual Basis

38 The determination of the rights and entitlements at issue in this case will significantly affect the interests of the parties. Yet, the factual basis upon which that determination must be made is somewhat unsatisfactory. I share the view of the Court of Appeal that the evidentiary record in this case is demonstrably incomplete. Important relevant evidence that could assist the Court in the interpretation and application of the Order in Council may be available but does not form part of the record of this case.

39 In particular, there is no evidence that explains under what authority, if any, the canal was initially constructed and operated prior to the enactment of the Order in Council. There is no evidence to indicate which interests in land were assessed or what methodology was used to calculate the value of the compensation received by the Band in 1955. The documentary evidence is thin: none of the correspondence, Band Council resolutions, minutes of meetings or other documents and reports that could offer external evidence of intention relating to the transfer effected by Order in Council 1957-577 was presented. Apart from the fact that the canal is “concrete lined”, we do not know anything about how it was constructed. Similarly, apart from the fact that the canal lands cover an area of 56.09 acres, we do not know anything about its specific dimensions. There was no evidence that would explain what type of tenure is necessary to maintain and operate the canal or precisely what type of tenure is enjoyed by the Town of Oliver. There was no evidence of the activities carried on on the lands in question; whether it is fenced off or

En conséquence, la réponse à la deuxième question serait « Oui ».

VI. L'analyse

A. *Les questions préliminaires*

Au départ, je désire examiner quatre questions préliminaires qui, selon moi, ont une incidence importante sur l'analyse et l'interprétation du décret.

1. L'insuffisance du fondement factuel

La détermination des droits et facultés en cause dans la présente affaire aura des répercussions importantes sur les droits des parties. Toutefois, le fondement factuel à partir duquel il faut effectuer cette détermination est dans une certaine mesure insuffisant. Je partage l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle la preuve est manifestement incomplète en l'espèce. Il existe peut-être des éléments de preuve importants et susceptibles d'aider notre Cour à interpréter et à appliquer le décret, mais ils ne figurent pas au dossier en l'espèce.

En particulier, aucun élément de preuve n'explique en vertu de quel pouvoir, si tant est qu'il en existe un, le canal a été construit et exploité avant la prise du décret. Il n'y a aucune preuve indiquant quels droits fonciers ont été évalués ni quelle méthodologie a été utilisée dans le calcul de la valeur de l'indemnité reçue par la Bande en 1955. La preuve documentaire est ténue : on n'a pas présenté de lettres, de résolutions du conseil de bande, de procès-verbaux de réunions, de rapports ou d'autres documents susceptibles d'apporter une preuve extrinsèque de l'intention qui motivait le transfert effectué par le décret 1957-577. Hormis le fait que le canal est [TRADUCTION] « en béton », nous ne savons rien de sa construction. De même, outre le fait que les terres formant le canal couvrent une superficie de 56,09 acres, nous ne savons rien de leurs dimensions précises. Il n'y a pas de preuve expliquant le type de tenure nécessaire à l'entretien et à l'exploitation du canal ni le type précis de tenure dont jouit la ville d'Oliver. Il n'y a aucune preuve sur les activités exercées sur les terres en question, ni de preuve indiquant si ces terres sont clôturées, si

occupied exclusively by the Town of Oliver, or whether the Band members are permitted to cross the canal at certain points.

In my view, as a general matter the Court should be cautious in taking away interests in land in the absence of a complete evidentiary record. This is especially true when the interest at stake is the aboriginal interest in reserve land. As discussed below, in order to extinguish an aboriginal interest in reserve land the Sovereign must evince a clear and plain intention to do so. In this case, we are faced with the difficult task of determining intention without supporting facts and evidence. Having said all this, as the appeal comes by way of a stated case, we must determine the rights of the parties as best we can using the evidence at hand.

2. Sui Generis Nature of Aboriginal Interest in Reserve Land

Canadian jurisprudence on the nature of the aboriginal interest in reserve land began with the decision of *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, in which Lord Watson, speaking for the Privy Council, stated at p. 54 that "the tenure of the Indians [is] a personal and usufructuary right". See also *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554. Since then, our understanding of the nature of aboriginal interests in land has continued to develop. In this connection, when describing the features of the aboriginal interest in reserve land it is useful to refer to this Court's recent jurisprudence on the nature of aboriginal title. Although the two interests are not identical, they are fundamentally similar: see *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 379, *per* Dickson J. (as he then was); *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paras. 116-21, *per* Lamer C.J.

The features common to both the aboriginal interest in reserve land and aboriginal title include the facts that both interests are inalienable except to the Crown, both are rights of use and occupation, and both are held communally. Thus, it is now firmly

elles sont occupées exclusivement par la ville d'Oliver ou si les membres de la Bande peuvent traverser le canal à certains endroits.

Je suis d'avis que, en l'absence de preuve complète, notre Cour doit en règle générale faire montre de circonspection avant de retirer des droits fonciers. C'est particulièrement vrai dans les cas où le droit en jeu est le droit des Autochtones sur les terres de la réserve. Comme il est expliqué plus loin, pour qu'il y ait extinction d'un tel droit, il faut démontrer l'existence d'une intention claire et nette de Sa Majesté à cet effet. En l'espèce, nous avons la difficile tâche de statuer sur l'existence ou non de cette intention en l'absence d'assises factuelles et probatoires. Cela dit, comme le pourvoi est présenté par voie d'exposé de cause, nous devons déterminer les droits des parties du mieux que nous le pouvons, et ce à l'aide de la preuve dont nous disposons.

2. Le caractère sui generis du droit des Autochtones sur les terres de réserve

L'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, où lord Watson, s'exprimant au nom du Conseil privé, a dit à la p. 54 que [TRADUCTION] « la tenure des Indiens [est] un droit personnel, de la nature d'un usufruit », a marqué le début de la jurisprudence canadienne sur la nature des droits des Autochtones sur les terres de réserve. Voir également *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554. Depuis, notre compréhension de la nature des droits fonciers des Autochtones a continué d'évoluer. À cet égard, il est utile de se référer à la jurisprudence récente de notre Cour sur la nature du titre aborigène pour décrire les caractéristiques du droit des Autochtones sur les terres de réserve. Bien que ces deux types de droits ne soient pas identiques, ils sont fondamentalement similaires : voir *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 379, le juge Dickson (plus tard Juge en chef); *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 116 à 121, le juge en chef Lamer.

Les caractéristiques communes au titre aborigène et au droit des Autochtones sur les terres de réserve sont notamment le fait que les deux types de droits sont inaliénables sauf en faveur de la Couronne, qu'ils constituent des droits d'usage et d'occupation

40

41

42

established that both types of native land rights are *sui generis* interests in the land that are distinct from “normal” proprietary interests: *St. Mary’s Indian Band, supra*, at para. 14. Native land rights are in a category of their own. There are three implications that follow from the nature of the aboriginal interest in reserve lands that are important in the context of this case.

exclusifs et qu’ils sont détenus collectivement. Par conséquent, il est maintenant fermement établi que les deux types de droits fonciers autochtones sont des droits *sui generis* distincts des droits de propriété « normaux » : *Bande indienne de St. Mary’s*, précité, par. 14. Les droits fonciers autochtones appartiennent à une catégorie qui leur est propre. Trois conséquences importantes en l’espèce découlent de la nature du droit des Autochtones sur les terres de réserve.

43

First, it is clear that traditional principles of the common law relating to property may not be helpful in the context of aboriginal interests in land: *St. Mary’s Indian Band, supra*. Courts must “go beyond the usual restrictions imposed by the common law”, in order to give effect to the true purpose of dealings relating to reserve land: see *Blueberry River Indian Band, supra*, at para. 7, *per* Gonthier J. This is as true of the Crown’s purpose in making a grant of an interest in reserve land to a third party as it is of an Indian band’s intentions in surrendering land to the Crown.

Premièrement, il est clair que les principes traditionnels du droit des biens en common law peuvent ne pas s’avérer utiles dans le contexte des droits fonciers des Autochtones : *Bande indienne de St. Mary’s*, précité. Les tribunaux « doivent faire abstraction des restrictions habituelles imposées par la common law » afin de donner effet à l’objet véritable des opérations relatives aux terres de réserve : voir *Bande indienne de la rivière Blueberry*, précité, par. 7, le juge Gonthier. Cette règle s’applique tant au but visé par la Couronne lorsqu’elle concède à un tiers un droit sur des terres de réserve qu’à l’intention de la bande indienne qui cède des terres à la Couronne.

44

All members of the Court of Appeal acknowledged this Court’s jurisprudence on the applicability of common law principles in the context of native land rights. Newbury J.A. wrote (at para. 93) that “a non-technical approach may be justified” even in the context of expropriation, and that form should generally not be permitted to “trump substance” wherever Indian interests may be affected. However, the majority went on to hold (at para. 94) that “in the case of an expropriation under s. 35, where the primary parties are the federal and provincial governments by whom common law concepts of real property are well understood, ‘formalistic’ words of limitation will . . . be the focus of the inquiry”. This view is based on the mistaken assumption that the inapplicability of common law rules in relation to Indian lands has to do with the capacity of the parties to the transaction. However, the principle that it is inappropriate to apply common law real property rules to Indian lands was developed because of the *sui generis* nature of aboriginal interests in land. In

Tous les membres de la Cour d’appel ont pris acte de la jurisprudence de notre Cour sur l’applicabilité des principes de common law dans le contexte des droits fonciers des Autochtones. Le juge Newbury a écrit (au par. 93) [TRADUCTION] « [qu’]une approche non formaliste peut être justifiée » même en matière d’expropriation et qu’on ne doit généralement pas permettre à la forme de « l’emporte[r] [. . .] sur le fond » dans tous les cas où des droits indiens peuvent être touchés. Les juges majoritaires ont toutefois ajouté (au par. 94) que [TRADUCTION] « dans le cas d’une expropriation effectuée en vertu de l’art. 35, où les parties principales sont le gouvernement fédéral et un gouvernement provincial, qui sont tous deux familiers avec les concepts du droit des biens en common law, l’examen s’attachera aux termes restrictifs “formalistes” ». Cette opinion repose sur l’hypothèse erronée que l’inapplicabilité des règles de la common law aux terres indiennes a trait à la capacité des parties à l’opération. Cependant, le principe qu’il ne convient pas d’appliquer aux terres indiennes les règles du droit des biens en

the result, the transfer at issue in this case cannot be treated as a regular, commercial transaction.

Second, it follows from the *sui generis* nature of the aboriginal interest in reserve land and the definition of “reserve” in the *Indian Act* that an Indian band cannot unilaterally add to or replace reserve lands. The intervention of the Crown is required. In this respect, reserve land does not fit neatly within the traditional rationale that underlies the process of compulsory takings in exchange for compensation in the amount of the market value of the land plus expenses. The assumption that the person from whom the land is taken can use the compensation received to purchase replacement property fails to take into account in this context the effect of reducing the size of the reserve and the potential failure to acquire reserve privileges with respect to any off-reserve land that may thereafter be acquired.

Third, it is clear that an aboriginal interest in land is more than just a fungible commodity. The aboriginal interest in land will generally have an important cultural component that reflects the relationship between an aboriginal community and the land and the inherent and unique value in the land itself which is enjoyed by the community. This view flows from the fact that the legal justification for the inalienability of aboriginal interests in land is partly a function of the common law principle that settlers in colonies must derive their title from Crown grant, and partly a function of the general policy “to ensure that Indians are not dispossessed of their entitlements”: see *Delgamuukw*, *supra*, at paras. 129-31, *per* Lamer C.J.; *Mitchell*, *supra*, at p. 133.

Land may be removed from a reserve with the participation of the Crown, which owes a fiduciary duty to the band, as discussed below. Fiduciaries are held to a high standard of diligence. For

common law a été élaboré en raison du caractère *sui generis* des droits fonciers des Autochtones. En conséquence, le transfert en cause dans la présente affaire ne saurait être traité comme une opération commerciale ordinaire.

Deuxièmement, il ressort du caractère *sui generis* du droit des Autochtones sur les terres de réserve et de la définition de « réserve » dans la *Loi sur les Indiens* qu’une bande indienne ne peut pas unilatéralement ajouter des terres à sa réserve ou remplacer de telles terres. L’intervention de la Couronne est requise en pareils cas. À cet égard, la notion de terres de réserve cadre mal avec la raison d’être traditionnelle du mécanisme de prise forcée de certaines terres en contrepartie d’une indemnité égale à la valeur marchande des terres en question majorée des frais. L’idée que la personne dont les terres sont prises puisse utiliser l’indemnité reçue pour acheter des biens de substitution ne tient pas compte, dans le contexte des terres de réserve, du fait qu’une telle situation aurait pour effet de réduire la taille de la réserve et de la possibilité que toute terre acquise ultérieurement à l’extérieur de la réserve ne comporte pas les privilèges assortissant les terres de réserve.

Troisièmement, il est clair qu’un droit foncier autochtone est davantage qu’un simple bien fungible. Un tel droit comporte généralement un aspect culturel important, qui reflète les rapports entre la collectivité autochtone concernée et le territoire ainsi que la valeur intrinsèque et unique des terres elles-mêmes dont jouit la collectivité. Cette façon de voir vient du fait que le fondement juridique de l’inaliénabilité des droits fonciers des Autochtones repose en partie sur le principe de common law selon lequel le titre des colons doit découler d’une concession de la Couronne, et en partie sur la politique d’intérêt général qui consiste à « veiller à ce que [les Indiens] ne soient pas dépouillés de leurs droits » : voir *Delgamuukw*, précité, par. 129 à 131, le juge en chef Lamer; *Mitchell*, précité, p. 133.

Des terres peuvent être exclues d’une réserve avec la participation de la Couronne, qui a une obligation de fiduciaire envers la bande visée, comme nous le verrons plus loin. Un fiduciaire

45

46

47

this reason, as well as by reason of the foregoing principles, it follows that a clear and plain intention must be present in order to conclude that land has been removed from a reserve. In this regard, I respectfully disagree with my colleague, Gonthier J., when he states that no such intention is necessary in the context of a taking of an Indian interest in reserve land. In that connection, unlike my colleague, I agree with the approach taken by Décaré J.A. in applying the clear and plain intention rule to reserve land: see *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (F.C.A.), at para. 27; see also *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 404 (per Hall J., dissenting); *BC Tel v. Seabird Island Indian Band*, [2000] 4 F.C. 350 (T.D.), at paras. 13-19 (per Muldoon J.).

3. Section 83: the Authority to Tax Property Interests “in the Reserve”

48

Section 83(1)(a) of the *Indian Act* provides Indian bands with the jurisdiction to impose tax on a very broad range of interests in land. This is clear from the plain meaning of the words in that section. In particular, it is notable that the section provides band councils with the authority to make by-laws for the taxation of “land” and “interests in land”, including “rights to occupy, possess or use land”. Indeed, the only limitation on the power to tax is that the land subject to taxation must be “in the reserve”.

49

That s. 83(1)(a) should be given a broad reading is clear from an application of the principle in *Nowegijick*, *supra*, as explained by La Forest J. in *Mitchell*, *supra*, at p. 143:

... it is clear that in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights,

est tenu à une norme élevée de diligence. Pour cette raison et compte tenu des principes susmentionnés, il doit y avoir une intention claire et nette pour que l'on puisse conclure que des terres ont été exclues d'une réserve. À cet égard, je dois en toute déférence exprimer mon désaccord avec mon collègue le juge Gonthier lorsqu'il déclare qu'une telle intention n'est nullement nécessaire dans le contexte de la prise d'un droit des Indiens sur des terres de réserve. Contrairement à mon collègue, je souscris à l'approche adoptée par le juge Décaré pour l'application de la règle de l'intention claire et nette aux terres de réserve : voir *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Bande indienne de Matsqui*, [1998] A.C.F. n° 983 (QL) (C.A.), par. 27; voir également *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 404 (le juge Hall, dissident); *BC Tel c. Bande indienne de Seabird Island*, [2000] 4 C.F. 350 (1^{re} inst.), par. 13 à 19 (le juge Muldoon).

3. L'article 83 : le pouvoir de taxer les droits fonciers « situés dans la réserve »

L'alinéa 83(1)a de la *Loi sur les Indiens* confère aux bandes indiennes le pouvoir d'imposer des taxes sur un large éventail de droits fonciers. Cette constatation ressort clairement du sens ordinaire des mots utilisés dans le texte de cette disposition. Il faut souligner en particulier que celle-ci reconnaît aux conseils de bande le pouvoir de prendre des règlements administratifs imposant des taxes sur les « immeubles » ainsi que sur les « droits sur ceux-ci », et notamment sur les « droits d'occupation, de possession et d'usage ». En fait, la seule limite assortissant ce pouvoir de taxation est que l'immeuble taxé doit être situé « dans la réserve ».

La conclusion que l'al. 83(1)a doit être interprété largement ressort clairement de l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Nowegijick*, précité, comme l'a expliqué le juge La Forest dans l'arrêt *Mitchell*, précité, p. 143 :

... il est clair que dans l'interprétation d'une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la *Loi sur les Indiens*, il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens

and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them

At the same time, I do not accept that this salutary rule that statutory ambiguities must be resolved in favour of the Indians implies automatic acceptance of a given construction simply because it may be expected that the Indians would favour it over any other competing interpretation. It is also necessary to reconcile any given interpretation with the policies the Act seeks to promote. [Emphasis added.]

The cautionary note sounded by La Forest J. is of no import here. As acknowledged by this Court in *St. Mary's Indian Band*, *supra*, at para. 24, the position taken by Parliament in respect of s. 83(1)(a) is that “[o]ne of the most important by-law powers that bands need is their power to tax use of the land” and “band councils have the power to tax any interest or use of reserve lands in order to defray their costs as the government of that land”. It follows that, unless the entire interest of a band is removed, land remains in the reserve for the purposes of s. 83(1)(a) and both easements and rights to use or occupy land held by non-band members are subject to the taxation jurisdiction.

4. The Content of the Crown's Fiduciary Duty in the Context of Section 35

The intervener the Attorney General of Canada submits that when Canada's public law duty conflicts with its statutory obligation to hold reserve lands for the use and benefit of the band for which they were set apart, then a fiduciary duty does not arise. The Attorney General argues that the existence of a fiduciary duty to impair minimally the Indian interest in reserve lands is inconsistent with the legislative purpose of s. 35 which is to act in the greater public interest and that the opening phrase of s. 18(1) of the *Indian Act*, “Subject to the provisions of this Act . . .”, effectively releases the Crown from its fiduciary duty in respect of s. 35 takings. In addition, the Attorney General contends that a fiduciary

et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger. . .

En même temps, je n'accepte pas que cette règle salutaire portant que les ambiguïtés législatives doivent profiter aux Indiens revienne à accepter automatiquement une interprétation donnée pour la simple raison qu'il peut être vraisemblable que les Indiens la préféreraient à toute autre interprétation différente. Il est également nécessaire de concilier toute interprétation donnée avec les politiques que la Loi tente de promouvoir. [Je souligne.]

La mise en garde du juge La Forest n'est pas pertinente en l'espèce. Comme l'a reconnu notre Cour dans l'arrêt *Bande indienne de St. Mary's*, précité, par. 24, la position du législateur relativement à l'al. 83(1)a est qu'« [u]ne des attributions les plus importantes que les bandes ont besoin d'exercer par voie de statuts administratifs, c'est la taxation de l'occupation du sol », et que « les conseils de bande ont le pouvoir d'imposer le locataire ou l'utilisateur d'une partie du territoire de la réserve pour couvrir leurs dépenses d'administration de ce territoire ». En conséquence, à moins que le droit que possède la bande ne soit entièrement exclu de la réserve, les terres continuent de faire partie de la réserve pour l'application de l'al. 83(1)a et tant les servitudes que les droits d'usage ou d'occupation des terres dont sont titulaires des non-membres de la bande sont assujettis au pouvoir de taxation de cette dernière.

4. Le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne dans le contexte de l'art. 35

Le procureur général du Canada intervenant soutient qu'aucune obligation de fiduciaire ne prend naissance lorsque l'obligation qu'a l'État en droit public entre en conflit avec celle que lui fait la Loi de détenir des terres de réserve à l'usage et au profit de la bande pour laquelle il les a mises de côté. Le procureur général prétend que l'existence d'une obligation de fiduciaire de porter le moins possible atteinte au droit des Indiens sur les terres de réserve est incompatible avec l'objet de l'art. 35, qui est d'agir dans l'intérêt public général, et que les premiers mots du par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, « Sauf les dispositions de la présente loi . . . », libèrent en fait la Couronne de

50

51

obligation to impair minimally the Indian interest in reserve lands is inconsistent with the principles of fiduciary law which impose a duty of utmost loyalty on the fiduciary to act only in the interests of the person to whom the duty is owed. Thus, the Attorney General submits that the holding in *Guerin*, *supra*, that the surrender of an Indian interest of land gives rise to a fiduciary duty on the part of the Crown to act in the best interests of the Indians does not extend to the context of expropriation, and that the duty of the Crown to the band in the case of an expropriation of reserve land is similar to its duty to any other land holder — to compensate the band appropriately for the loss of the lands.

son obligation de fiduciaire relativement aux prises effectuées en vertu de l'art. 35. En outre, le procureur général plaide que l'obligation de fiduciaire qui consiste à porter atteinte de façon minimale au droit des Indiens sur les terres de réserve est incompatible avec les principes du droit des fiduciaires, lesquels imposent au fiduciaire une obligation de loyauté absolue lui enjoignant de n'agir que dans l'intérêt du créancier de cette obligation. Le procureur général soutient donc que ne s'applique pas en matière d'expropriation la conclusion tirée dans l'arrêt *Guerin*, précité, selon laquelle la cession d'un droit foncier des Indiens fait naître une obligation de fiduciaire enjoignant à la Couronne d'agir dans l'intérêt des Indiens, et que l'obligation qu'a la Couronne envers la bande en cas d'expropriation de terres de réserve est semblable à celle qu'elle a envers tout autre propriétaire foncier, c'est-à-dire d'indemniser convenablement la bande pour la perte des terres en question.

52 In my view, the fiduciary duty of the Crown is not restricted to instances of surrender. Section 35 clearly permits the Governor in Council to allow the use of reserve land for public purposes. However, once it has been determined that an expropriation of Indian lands is in the public interest, a fiduciary duty arises on the part of the Crown to expropriate or grant only the minimum interest required in order to fulfill that public purpose, thus ensuring a minimal impairment of the use and enjoyment of Indian lands by the band. This is consistent with the provisions of s. 35 which give the Governor in Council the absolute discretion to prescribe the terms to which the expropriation or transfer is to be subject. In this way, instead of having the public interest trump the Indian interests, the approach I advocate attempts to reconcile the two interests involved.

À mon avis, l'obligation de fiduciaire de la Couronne ne se limite pas aux cessions. L'article 35 permet clairement au gouverneur en conseil d'autoriser l'usage de terres de réserve à des fins d'intérêt public. Cependant, une fois qu'il est établi que l'expropriation de terres indiennes est dans l'intérêt du public, la Couronne a l'obligation de fiduciaire de n'exproprier que le droit minimal requis pour réaliser cette fin d'intérêt public et ainsi de faire en sorte que le droit de la bande d'utiliser des terres indiennes et d'en jouir ne subisse qu'une atteinte minimale. Cette obligation est compatible avec les dispositions de l'art. 35, qui confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire absolu de prescrire les modalités de l'expropriation ou du transfert. De cette manière, plutôt que de faire prévaloir l'intérêt public sur les droits des Indiens, l'approche que je préconise tend à concilier les intérêts en jeu.

53 This two-step process minimizes any inconsistency between the Crown's public duty to expropriate lands and its fiduciary duty to Indians whose lands are affected by the expropriation. In the first stage, the Crown acts in the public interest in determining that an expropriation involving Indian lands is required in order to fulfill some public purpose.

Ce processus à deux étapes permet de réduire au minimum toute incompatibilité entre l'obligation de droit public de la Couronne d'exproprier des terres et l'obligation de fiduciaire qu'elle a envers les Indiens dont les terres sont touchées par l'expropriation. Au cours de la première étape, la Couronne agit dans l'intérêt public en

At this stage, no fiduciary duty exists. However, once the general decision to expropriate has been made, the fiduciary obligations of the Crown arise, requiring the Crown to expropriate an interest that will fulfill the public purpose while preserving the Indian interest in the land to the greatest extent practicable.

The duty to impair minimally Indian interests in reserve land not only serves to balance the public interest and the Indian interest, it is also consistent with the policy behind the rule of general inalienability in the *Indian Act* which is to prevent the erosion of the native land base: *Opetchesaht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119, at para. 52. The contention of the Attorney General that the duty of the Crown to the Band is restricted to appropriate compensation cannot be maintained in light of the special features of reserve land discussed above, in particular, the facts that the aboriginal interest in land has a unique cultural component, and that reserve lands cannot be unilaterally added to or replaced.

As the Crown's fiduciary duty is to protect the use and enjoyment of the Indian interest in expropriated lands to the greatest extent practicable, the duty includes the general obligation, wherever appropriate, to protect a sufficient Indian interest in expropriated land in order to preserve the taxation jurisdiction of the band over the land, thus ensuring a continued ability to earn income from the land. Although in this case the taxation jurisdiction given to bands came after the Order in Council of 1957, the principle is the same, namely that the Crown should not take more than is needed for the public purpose and subject to protecting the use and enjoyment of Indians where appropriate.

décidant que l'expropriation des terres indiennes est requise pour cause d'utilité publique. À cette étape, il n'existe aucune obligation de fiduciaire. Cependant, une fois prise la décision générale d'exproprier naissent alors les obligations de fiduciaire de la Couronne, qui obligent celle-ci à n'exproprier que le droit propre à permettre la réalisation de la fin d'intérêt public tout en préservant autant que possible le droit des Indiens sur les terres visées.

Non seulement l'obligation de porter atteinte le moins possible aux droits des Indiens sur les terres de réserve sert-elle à harmoniser l'intérêt du public et celui des Indiens, mais elle est également conforme aux principes qui sous-tendent la règle d'inaliénabilité générale que prévoit la *Loi sur les Indiens* et qui vise à prévenir l'érosion de l'assise territoriale des Indiens : *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119, par. 52. À la lumière des caractéristiques spéciales des terres de réserve examinées précédemment, notamment le fait que le droit des Autochtones sur ces terres comportent un aspect culturel unique et qu'on ne peut unilatéralement ajouter des terres à la réserve ou remplacer de telles terres, l'argument du procureur général selon lequel l'obligation qu'a la Couronne envers la Bande se limite à verser une indemnité convenable ne saurait être retenu.

Comme elle consiste à protéger autant que possible l'usage et la jouissance du droit des Indiens sur les terres expropriées, l'obligation de fiduciaire de la Couronne emporte également pour celle-ci l'obligation générale de protéger, dans tous les cas où il est indiqué de le faire, un droit autochtone suffisant sur les terres expropriées afin de préserver le pouvoir de taxation de la bande sur les terres en cause et, ainsi, de permettre à celle-ci de continuer à tirer un revenu de ces terres. Bien que, en l'espèce, le pouvoir de taxation ait été conféré aux bandes indiennes après la prise du décret de 1957, le principe est le même, à savoir que la Couronne ne doit pas prendre plus que ce qui est nécessaire pour réaliser la fin d'intérêt public et elle est tenue de protéger s'il y a lieu les droits d'usage et de jouissance des Indiens.

54

55

B. *Does Section 35 Authorize the Removal of Land Out of a Reserve?*

1. The Clear and Plain Intention Test and Its Application to Section 35

56 As discussed above, in order to extinguish the aboriginal interest in reserve land, the sovereign's intention must be clear and plain.

57 Section 35 of the *Indian Act* does not expressly authorize the extinguishment or taking of the aboriginal interest in land. However, in making its intention clear and plain, the Crown does not necessarily have to use language which refers expressly to its extinguishment of aboriginal rights: *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 34. Section 35(1) does authorize "a province, a municipal or local authority or a corporation" acting pursuant to a statutory authority "to take or to use lands or any interest therein". Section 35(3) authorizes the Governor in Council to make a "transfer or grant" of the same broad range of interests in reserve land "to the province, authority or corporation". Thus, s. 35 evinces a clear and plain intent to authorize the taking of "any interest" in reserve land, which, in the context of the *Indian Act*, necessarily includes the aboriginal interest in reserve land. On this basis, I conclude that, in general, s. 35 does authorize the removal of land from the reserve. I note that this conclusion is consistent with the *obiter dicta* in *Opetchesah Indian Band*, *supra*, at para. 86, *per* McLachlin J. (as she then was), in dissent; and *Smith*, *supra*, at p. 577, *per* Estey J.

2. The Nature of the Interest Transferred Under Section 35 in this Case

58 Section 35 clearly permits the taking of reserve land for public purposes. Moreover, it is clear and plain that s. 35 authorizes the taking or use of a range of interests in land, up to and including a fee simple interest. This is obvious from an ordinary and grammatical reading of the words of the section.

B. *L'article 35 permet-il que des terres soient exclues d'une réserve?*

1. Le critère de l'intention claire et nette et son application à l'art. 35

Comme on l'a vu précédemment, pour qu'il y ait extinction du droit des Autochtones sur des terres de réserve, l'intention de Sa Majesté à cet effet doit être claire et nette.

L'article 35 de la *Loi sur les Indiens* n'autorise pas expressément l'extinction ou la prise du droit des Autochtones sur des terres de réserve. Toutefois, pour exprimer son intention claire et nette à cet effet, la Couronne n'a pas nécessairement à utiliser des mots faisant explicitement état de l'extinction de droits ancestraux : *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 34. Le paragraphe 35(1) autorise « une province, une autorité municipale ou locale, ou une corporation » agissant en vertu d'un pouvoir conféré par la loi « de prendre ou d'utiliser des terres ou tout droit y afférent ». Le paragraphe 35(3) habilite le gouverneur en conseil à autoriser un « transfert ou octroi [. . .] à la province, autorité ou corporation » de ce large éventail de droits sur des terres de réserve. Par conséquent, il ressort de l'art. 35 une intention claire et nette de permettre la prise de « tout droit » sur des terres de réserve, droit qui, dans le cadre de la *Loi sur les Indiens*, comprend nécessairement le droit des Autochtones sur ces terres. Pour ces motifs, je conclus que, en règle générale, l'art. 35 permet que des terres soient exclues de la réserve. Je souligne que cette conclusion est compatible avec les remarques incidentes prononcées par le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente, dans l'arrêt *Bande indienne des Opetchesah*, précité, par. 86, et ainsi qu'aux propos du juge Estey dans l'arrêt *Smith*, précité, p. 577.

2. La nature du droit cédé en vertu de l'art. 35 dans la présente affaire

L'article 35 permet clairement la prise de terres de réserve pour cause d'utilité publique. De plus, il est clair et net que cet article autorise la prise et l'utilisation d'un large éventail de droits fonciers, y compris même un intérêt en fief simple. Cette conclusion ressort du sens ordinaire et grammatical des

However, a more fundamental question is whether s. 35 of the *Indian Act* authorized the removal of lands from the reserve for the purposes of s. 83(1)(a) in the circumstances of this case.

In seeking to expropriate reserve land under s. 35(1) of the *Indian Act*, the Province was only able to take or use land that it was empowered to take under an Act of the provincial legislature. Section 35(1) reads:

35. (1) Where by an Act of . . . a provincial legislature Her Majesty in right of a province . . . is empowered to take or to use lands or any interest therein without the consent of the owner, the power may, with the consent of the Governor in Council . . . be exercised in relation to lands in a reserve or any interest therein. [Emphasis added.]

The words “the power” clearly refer to that power contained in the Act of the provincial legislature referred to in the opening lines of s. 35(1). Thus, the Province could only exercise “the power” given to it by the relevant Act of the legislature.

The parties concede that the Minister of Agriculture applied for the lands at issue under s. 21 of the *Water Act*, as inferred from the recitations of the Order in Council, i.e. “the Minister of Agriculture . . . applied for the lands . . . for irrigation canal purposes”. Section 21 of the *Water Act* provides:

21. (1) In this and the following three sections “land” includes any estate or interest in or easement over land.

(2) Every licensee shall have the right to expropriate any land reasonably required for the construction, maintenance, improvement, or operation of any works authorized under his licence. . . . [Emphasis added.]

Thus, under s. 21 of the *Water Act*, the Minister of Agriculture was only empowered to expropriate the “estate or interest in or easement over land” that was “reasonably required” for the purposes of the canal, not more. The Province could not do an end

mots utilisés dans cette disposition. Toutefois, la question plus fondamentale qui se pose est de savoir si l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens* permettait que, dans les circonstances de l’espèce, des terres soient exclues de la Réserve et soustraites à l’application de l’al. 83(1)a).

Lorsqu’elle a voulu exproprier des terres de réserve en vertu du par. 35(1) de la *Loi sur les Indiens*, la province n’était habilitée qu’à prendre ou utiliser les terres que ses lois l’habilitaient à prendre. Le paragraphe 35(1) prévoit ce qui suit :

35. (1) Lorsque, par une loi [. . .] d’une législature provinciale, Sa Majesté du chef d’une province [. . .] a le pouvoir de prendre ou d’utiliser des terres ou tout droit y afférent sans le consentement du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil [. . .] être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent. [Je souligne.]

Les mots « ce pouvoir » renvoient clairement au pouvoir prévu par la loi provinciale visée au début du par. 35(1). Par conséquent, la province pouvait exercer uniquement « [l]e pouvoir » qui lui était conféré par la loi provinciale pertinente.

Les parties concèdent que le ministre de l’Agriculture a demandé le transfert des terres en cause en vertu de l’art. 21 de la *Water Act*, comme permettent de le supposer les extraits suivants du préambule du décret : « le ministre de l’Agriculture [. . .] a demandé, pour les besoins d’un canal d’irrigation, les terres . . . ». L’article 21 de la *Water Act* est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

21. (1) Dans le présent article et dans les trois suivants, le mot « terres » s’entend également des domaines, droits, intérêts ou servitudes relatifs à celles-ci.

(2) Les détenteurs de permis ont le droit d’exproprier les terres raisonnablement requises pour la construction, l’entretien, l’amélioration ou l’exploitation de tout ouvrage autorisé par leur permis . . . [Je souligne.]

En vertu de l’art. 21 de la *Water Act*, le ministre de l’Agriculture ne pouvait donc exproprier que les « domaines, droits, intérêts ou servitudes relatifs » aux « terres raisonnablement requises » à l’égard du canal, sans plus. La province ne pouvait pas,

59

60

61

run around the limitations on its powers inherent in the *Water Act* and expropriate a greater interest than was reasonably required for the canal by proceeding under s. 35(1) of the *Indian Act*.

au moyen du par. 35(1) de la *Loi sur les Indiens*, contourner les limites intrinsèques des pouvoirs que lui accorde la *Water Act* et exproprier un droit supérieur à celui qui était raisonnablement requis pour le canal.

62 In the same way, although s. 35(3) permitted the Governor in Council to short-cut the formal expropriation process, neither could the Governor in Council do an end run around the limitations on provincial powers of expropriation and grant an interest greater than the one the Province was authorized to take under its own legislation. Section 35(3) provides:

De même, bien que le par. 35(3) de cette loi autorisât le gouverneur en conseil à passer outre à la procédure d'expropriation officielle, ce dernier ne pouvait pas non plus éluder les limites du pouvoir d'expropriation de la province et octroyer un droit supérieur à celui que la province avait le pouvoir de prendre en vertu de ses propres lois. Le paragraphe 35(3) prévoit ce qui suit :

(3) Whenever the Governor in Council has consented to the exercise by a province . . . of the powers referred to in subsection (1), the Governor in Council may, in lieu of the province . . . taking or using the lands without the consent of the owner, authorize a transfer or grant of such lands to the province, authority or corporation, subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council. [Emphasis added.]

(3) Lorsque le gouverneur en conseil a consenti à l'exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1) par une province [. . .], il peut, au lieu que la province [. . .] prenne ou utilise les terres sans le consentement du propriétaire, permettre un transfert ou octroi de ces terres à la province, autorité ou corporation, sous réserve des conditions prescrites par le gouverneur en conseil. [Je souligne.]

63 By reference to “the powers referred to in subsection (1)”, s. 35(3) authorizes the Governor in Council to grant or transfer only “such lands” as could have been taken by the Province under the relevant statutory authority, in this case, the *Water Act*. In other words, the Governor in Council could only grant the “estate or interest in or easement over land” that was “reasonably required” for the canal. This interpretation of s. 35 is not only consistent with its plain and ordinary meaning, but it is also supported by the principle of interpretation which favours a narrow reading of statutes which limit Indian rights (see para. 67 below).

Compte tenu du renvoi aux « pouvoirs mentionnés au paragraphe (1) », le par. 35(3) n'autorise le gouverneur en conseil à octroyer ou à transférer que « [l]es terres » que la province aurait pu prendre en vertu de la loi pertinente, en l'occurrence la *Water Act*. En d'autres termes, le gouverneur en conseil ne pouvait octroyer que « des domaines, droits, intérêts ou servitudes relatifs » qui étaient « raisonnablement requi[s] » pour les besoins du canal. Cette interprétation est non seulement compatible avec le sens ordinaire de l'art. 35, mais elle est également étayée par le principe d'interprétation qui favorise l'interprétation stricte des lois restreignant les droits des Indiens (voir, plus loin, le par. 67).

64 In the result, in the circumstances of this case, because the source of the power to expropriate was the *Water Act*, the discretion to grant “land” pursuant to s. 35(3) was limited to the land or interest in land “reasonably required” for the canal.

Par conséquent, étant donné que, dans les circonstances de la présente affaire, la *Water Act* est la source du pouvoir d'expropriation, le pouvoir discrétionnaire d'octroyer des « terres » en vertu du par. 35(3) se limitait aux terres ou aux droits y afférents « raisonnablement requi[s] » pour le canal.

65 This raises the question of what type of interest is reasonably required for the canal. The evidence before the Court is insufficient to provide a clear answer. The respondents argue that since the

Cette conclusion soulève la question de savoir quel type de droits est raisonnablement requis pour le canal. La preuve dont dispose notre Cour est insuffisante pour apporter une réponse claire. Les

canal is a permanent structure, they therefore must have the exclusive right to use and occupy the land. However, while the canal seems to be a permanent structure on the land, this fact should not be overstated. There was no evidence to indicate what kind of structure the canal is. Stripped to its essence, it is a ditch lined with concrete. Furthermore, it may be inferred that the fee simple to the land was not necessary to construct the canal since no transfer of title was made at the time of its construction. As well, since the canal was already built when the transfer was made, the interest in question is that which is reasonably required to operate and maintain the canal only. Moreover, it is obvious that the fee simple is not necessary to operate and maintain the canal since those activities are currently the responsibility of the Town of Oliver, which appears to have some kind of leasehold interest in the land. A canal is similar in nature to a railway in that both are permanent structures on the land involving operation and maintenance activities, and this Court has found that a grant of a statutory easement can be sufficient for the purposes of building and maintaining a railway (*Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at p. 671). As noted above, as a general matter the Court should be reluctant to take away interests in land in the absence of conclusive evidence.

C. *Did the Order in Council Effect the Removal of Land From the Reserve?*

1. Applicable Principles of Interpretation

In my opinion, the Order in Council must be interpreted in light of the following four principles.

First, I have already discussed how, in order to extinguish the aboriginal interest in reserve land, the Sovereign's intention to do so must be clear and plain.

Second, I agree with Lambert J.A. that if two approaches to the interpretation and application of an enactment are reasonably sustainable as a

intimées prétendent que, comme le canal constitue une structure permanente, elles doivent détenir le droit exclusif d'utiliser et d'occuper les terres visées. Bien que le canal semble être une structure permanente sur les terres visées, il ne faut pas exagérer l'importance de ce fait. Il n'a été présenté aucun élément de preuve indiquant quel genre de structure est le canal. Essentiellement, il s'agit d'une tranchée en béton. Qui plus est, il est possible d'inférer qu'un fief simple sur les terres en cause n'était pas requis pour la construction du canal puisqu'il n'y a eu aucun transfert de titre au moment de la construction. En outre, étant donné que le canal était déjà construit lorsque le transfert a eu lieu, le droit en question est celui qui est raisonnablement requis uniquement pour l'exploitation et l'entretien du canal. De plus, il est évident que le fief simple n'est pas nécessaire pour l'exploitation et l'entretien du canal, puisque ces activités sont actuellement la responsabilité de la ville d'Oliver, qui semble détenir un certain intérêt à bail sur les terres. Un canal est, de par sa nature, assimilable à un chemin de fer en ce qu'il s'agit de deux structures permanentes aménagées sur le sol et qui impliquent des activités d'exploitation et d'entretien, et notre Cour a jugé que l'octroi d'une servitude légale peut suffire pour la construction et l'entretien d'un chemin de fer : voir *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, p. 671. Comme il a été mentionné plus tôt, notre Cour doit en règle générale hésiter à retirer des droits fonciers en l'absence de preuve concluante justifiant une telle mesure.

C. *Le décret a-t-il exclu les terres en cause de la Réserve?*

1. Les principes d'interprétation applicables

J'estime qu'il faut interpréter le décret à la lumière des quatre principes suivants.

Premièrement, j'ai signalé plus tôt que, pour qu'il y ait extinction du droit des Autochtones sur des terres de réserve, l'intention de la Couronne à cet effet doit être claire et nette.

Deuxièmement, à l'instar du juge Lambert je suis d'avis que si deux façons d'interpréter et d'appliquer une loi sont raisonnablement soutenables en

66

67

68

matter of law, then the interpretation or application that impairs the Indian interests as little as possible should be preferred, so long as the ambiguity is a genuine one, and the construction that is favourable to the Indian interests is one that the enactment will reasonably bear, having regard to the legislative purposes of the enactment: see *Nowegijick, supra*; *Mitchell, supra*; *Semiahmoo Indian Band, supra*, per Isaac C.J., at p. 25; and *Sparrow, supra*, at p. 1119, per Dickson C.J.

69 Third, although the validity of the Order in Council was not challenged in this case, this Court is not required, on that basis, to give legal effect to an unauthorized act of the state. Therefore, it is appropriate in this case to apply a presumption that the Crown acted *intra vires* in making the transfer at issue in this case. Given that the scope of the statutory power to transfer interests in land is constrained by the terms of the *Water Act* in this case, the Governor in Council is presumed to have intended to transfer only that interest “reasonably required” for irrigation canal purposes. This approach is further support for the application of a minimal impairment rule in the context of this appeal.

70 Finally, as noted above, the *sui generis* nature of an aboriginal interest in reserve land justifies the departure from traditional common law property rules in relation to dealings with reserve land. Consequently, the transfer at issue in this case cannot be treated as a regular, commercial transaction. Rather, a non-technical approach to the interpretation of the Order in Council is preferable.

2. What Interest in Land Does the Order in Council Convey?

71 The Order in Council may be interpreted as expressly conveying either a fee simple or a more limited interest, or it may be ambiguous as to what interest has been conveyed.

72 Although I am of the view that the Order in Council is ambiguous as to the nature of the interests conveyed, I would like first to address the respondents’ main arguments in support of their view that the

droit, il faut retenir celle qui porte atteinte de façon minimale aux droits des Indiens, dans la mesure où l’ambiguïté est réelle et où l’interprétation favorable aux droits des Indiens peut raisonnablement s’appuyer sur la loi, compte tenu des objectifs visés par celle-ci : voir *Nowegijick*, précité; *Mitchell*, précité; *Bande indienne de Semiahmoo*, précité, le juge en chef Isaac, p. 25; *Sparrow*, précité, p. 1119, le juge en chef Dickson.

Troisièmement, quoique la validité du décret n’ait pas été contestée en l’espèce, notre Cour n’est pas pour autant tenue de donner effet juridique à un acte non autorisé de l’État. Il y a donc lieu d’appliquer la présomption voulant que la Couronne ait agi dans les limites de ses pouvoirs en effectuant le transfert en cause. Comme en l’espèce la portée du pouvoir légal de céder des droits fonciers est circonscrite par les dispositions de la *Water Act*, le gouverneur en conseil est présumé avoir voulu céder uniquement le droit « raisonnablement requi[s] » pour les besoins du canal d’irrigation. Cette approche appuie également l’application de la règle de l’atteinte minimale dans le présent pourvoi.

Enfin, comme il a été souligné précédemment, le caractère *sui generis* du droit des Autochtones sur les terres de réserve justifie de déroger aux règles traditionnelles du droit des biens en common law dans le cadre d’opérations visant de telles terres. Par conséquent, le transfert en cause dans la présente affaire ne saurait être traité comme une opération commerciale ordinaire. Au contraire, il est préférable d’appliquer une approche non formaliste pour l’interprétation du décret.

2. Quel droit foncier cède le décret?

Le décret peut être interprété de deux façons : ou bien il a pour effet de céder expressément un fief simple ou un droit plus limité, ou bien il est ambigu quant à la nature du droit cédé.

Bien que je sois d’avis que le décret est ambigu quant à la nature des droits cédés, j’aimerais d’abord examiner les principaux arguments invoqués par les intimées à l’appui de leur thèse que le décret a

Order in Council granted a fee simple interest in the reserve lands.

The respondents argue that if the canal lands are considered to be “in the reserve” for the purposes of taxation jurisdiction under s. 83 of the *Indian Act*, then the canal lands would also be subject to the other law-making powers of the Band, allowing the Band to enact by-laws which would interfere with the administration and control of the canal.

In response to this argument, I would like to point out that the right of the Band to enact by-laws is not an unfettered one. The general by-law provision of the *Indian Act*, s. 81(1), reads:

81. (1) The council of a band may make by-laws not inconsistent with this Act or with any regulation made by the Governor in Council or the Minister, for any or all of the following purposes, namely, . . .

Since s. 35 of the *Indian Act* allows the Governor in Council to take interests in reserve land pursuant to a right of expropriation existing in a provincial or federal statute, if the Band were to enact a by-law incompatible with the interest created pursuant to s. 35, then the by-law would be inconsistent with s. 35 of the *Indian Act* and therefore prohibited by s. 81.

The Band’s exercise of some of the regulatory powers under s. 81(1) would be compatible with the canal use authorized by the prior exercise of the s. 35 authority (e.g. “the regulation of the conduct and activities of hawkers, peddlers or others who enter the reserve to buy, sell or otherwise deal in wares or merchandise” (s. 81(1)(n)) while other provisions may not be (e.g. regulations to govern the maintenance of watercourses, ditches and other public works (s. 81(1)(f)).

octroyé un intérêt en fief simple sur les terres de réserve visées.

Les intimées prétendent que si les terres formant le canal sont considérées comme « situé[e]s dans la réserve » pour l’exercice du pouvoir de taxation prévu à l’art. 83 de la *Loi sur les Indiens*, ces terres seraient aussi assujetties aux autres pouvoirs de réglementation de la Bande, ce qui permettrait à celle-ci de prendre des règlements administratifs ayant une incidence sur la gestion et la maîtrise du canal.

En réponse à cet argument, j’aimerais souligner que le droit de la Bande de prendre des règlements administratifs n’est pas absolu. La disposition générale de la *Loi sur les Indiens* autorisant la prise de règlements est le par. 81(1), qui est ainsi rédigé :

81. (1) Le conseil d’une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l’une ou l’ensemble des fins suivantes : . . .

Comme l’article 35 de la *Loi sur les Indiens* permet au gouverneur en conseil de prendre des droits sur des terres de réserve en vertu d’un pouvoir d’expropriation prévu par une loi provinciale ou fédérale, si la bande prenait un règlement administratif incompatible avec le droit créé en application de l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, ce règlement serait incompatible avec cet article et, de ce fait, interdit par l’art. 81.

L’exercice par la Bande de certains pouvoirs de réglementation prévus au par. 81(1) serait compatible avec l’usage du canal autorisé par l’exercice antérieur du pouvoir conféré par l’art. 35 (par exemple « la réglementation de la conduite et des opérations des marchands ambulants, colporteurs ou autres personnes qui pénètrent dans la réserve pour acheter ou vendre des produits ou marchandise, ou en faire un autre commerce » (al. 81(1)n)), alors que l’exercice d’autres pouvoirs pourrait ne pas l’être (par exemple la réglementation de l’entretien de cours d’eau, fossés et autres ouvrages locaux (al. 81(1)f)).

73

74

75

76

77

There are numerous other powers in the Act exercisable by the Minister or the Band in relation to reserve lands that would similarly be limited by reason of incompatibility with the prior exercise of the s. 35 power to permit canal purposes on the 56.09 acres. Under s. 19 for example, the Minister may determine the location and direct the construction of roads in a reserve. Section 19 should not be interpreted to authorize a road that interfered with the prior grant of an interest in land sufficient for canal use. Given the paucity of the factual record mentioned above, it is neither possible nor desirable to define the precise limits of the powers of governance exercised by the Minister or the Band in relation to that portion of the reserve set aside for canal use, or other privileges or immunities related to reserve lands. It is sufficient to say that the governing limitation is incompatibility with (or derogation from) the prior exercise of the s. 35 power to permit canal purposes on the lands in question. The Band's power to tax the canal property does not, as such, demonstrate any such incompatibility. Nor does the Band's exercise of its taxation power as set out in the record before us disclose, in this instance, any such incompatibility.

78

I also find the reasoning of Duff J. in *Burrard Power Co. v. The King* (1910), 43 S.C.R. 27, to be apposite in this case. In that case, the Province of British Columbia granted lands to the Dominion for the purpose of building a railway. The Province then purported to issue a water grant to the defendant power company which would interfere with the interest of the Dominion in the railway lands. Duff J. held that since the carrying out of the plan of the power company would involve the dismemberment of the proprietary rights of the Dominion, the water grant would *ipso jure* cease to apply to the railway lands (pp. 53-54). Similarly, if the Band enacted a by-law which interfered with the administration and control of the canal, such a by-law would interfere with the proprietary rights

La Loi prévoit de nombreux autres pouvoirs que peuvent exercer le ministre ou la Bande, selon le cas, relativement aux terres de la Réserve et qui seraient également restreints parce qu'incompatibles avec l'exercice antérieur du pouvoir prévu à l'art. 35 pour les besoins du canal sur les 56,09 acres. En vertu de l'art. 19, par exemple, le ministre peut décider de l'emplacement des routes dans une réserve et en prescrire la construction. Cet article ne doit pas être interprété comme ayant pour effet d'autoriser la construction d'une route portant atteinte à la concession antérieure d'un droit foncier suffisant pour les besoins du canal. Comme il a été mentionné précédemment, en raison du caractère tenu du dossier factuel, il n'est ni possible ni souhaitable de définir avec précision les limites des pouvoirs de régie exercés par le ministre ou la Bande à l'égard de la partie de la Réserve mise de côté pour les besoins du canal, ou des autres privilèges et immunités se rapportant aux terres de la Réserve. Qu'il suffise de dire que la principale restriction vise les mesures qui seraient incompatibles avec l'exercice antérieur du pouvoir prévu à l'art. 35 pour les besoins du canal sur les terres en question (ou le fait qu'une telle mesure constituerait une dérogation à cet égard). Le pouvoir de la Bande de taxer le canal ne constitue pas en soi une telle incompatibilité. Au vu du dossier dont nous disposons, l'exercice par la Bande de son pouvoir de taxation ne révèle pas non plus, dans la présente affaire, d'incompatibilité de ce genre.

De plus, j'estime que le raisonnement suivi par le juge Duff dans l'arrêt *Burrard Power Co. c. The King* (1910), 43 R.C.S. 27, est pertinent en l'espèce. Dans cette affaire, la province de la Colombie-Britannique avait concédé des terres au Dominion pour la construction d'un chemin de fer. La province a ensuite voulu accorder à la société hydroélectrique défenderesse une concession hydraulique qui aurait porté atteinte au droit du Dominion sur les terres formant le chemin de fer. Le juge Duff a estimé que, puisque la réalisation du projet de la société hydroélectrique entraînerait le démembrement des droits de propriété du Dominion, la concession hydraulique cesserait *ipso jure* de s'appliquer aux terres formant le chemin de fer (p. 53-54). De même, si la Bande prenait un règlement administratif entravant

of the interest-holder, and would *ipso jure*, cease to apply to the canal lands.

The respondents argue further that the words “[r]eserving thereout and therefrom all mines and minerals and the right to work the same” in the Order in Council would not be necessary if the grant was merely an easement, and thus that these words indicate the grant of a fee simple interest. Although I acknowledge that this argument, taken by itself, is quite instructive, I agree with the finding of Lambert J.A. at the Court of Appeal that such a reservation had become a boiler plate provision in many Orders in Council under what is now s. 35 of the *Indian Act*, and thus that the reservation of mines and minerals is not conclusive with respect to the nature of the interest granted to the Province, and consequently, does not indicate a clear and plain intention to transfer a fee simple interest when one looks to other factors present in the case.

The respondents also point to the fact that the Province filed a Certificate of Indefeasible Title in 1961 to support their argument that the Province held a fee simple interest in the reserve lands. If the unilateral filing of a Certificate of Indefeasible Title four years after the occurrence of the transfer in question is indicative of anything, it indicates the intention of the Province in taking the interest. However, the only intention relevant to the inquiry is that of the grantor of the interest. Section 35 of the *Indian Act* gives the Governor in Council the absolute discretion to define the terms of the transfer, and thus the relevant inquiry is one of determining the intention of the Governor in Council, as evidenced by the Order in Council.

I conclude that the Order in Council is ambiguous. There are no clear words of exclusion or limitation that make plain the extent of the interest being transferred. Some phrases in the recitals suggest that a transfer of a fee simple is contemplated (“a portion of Osoyoos Indian Reserve number one”), while others suggest a more restricted interest (“for irrigation canal purposes”). Indeed, the phrase “a

la gestion et la maîtrise du canal, ce règlement porterait atteinte aux droits propriétaires du titulaire du droit et cesserait *ipso jure* de s’appliquer aux terres formant le canal.

Les intimées plaident en outre que les mots « [l]e tout sous réserve des mines et des minéraux et du droit de les exploiter », qui figurent dans le décret, ne seraient pas nécessaires si une simple servitude avait été octroyée et, partant, que les mots en question indiquent qu’on a octroyé un intérêt en fief simple. Bien que je reconnaisse que cet argument est en soi fort instructif, je souscris toutefois à la conclusion du juge Lambert de la Cour d’appel selon laquelle une telle réserve était devenue une disposition type figurant dans bon nombre de décrets pris en vertu de ce qui est maintenant l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens* et donc que la réserve relative aux mines et aux minéraux n’est pas concluante quant à la nature du droit concédé à la province et que, à la lumière des autres facteurs présents en l’espèce, elle ne dénote pas l’intention claire et nette de transférer un intérêt en fief simple.

Au soutien de leur argument que la province possède un intérêt en fief simple sur les terres de réserve visées en l’espèce, les intimées signalent également le fait que la province a déposé un certificat de titre incontestable en 1961. Si le dépôt unilatéral de ce certificat quatre ans après le transfert en question témoigne de quoique ce soit, c’est de l’intention de la province de prendre le droit en cause. Toutefois, la seule intention pertinente dans le cadre de l’analyse est celle du concédant du droit. Comme l’article 35 de la *Loi sur les Indiens* confère au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire absolu d’établir les modalités du transfert, il faut donc dégager l’intention du gouverneur en conseil constatée par le décret.

J’estime que le décret est ambigu. Il ne contient aucune exclusion ou restriction indiquant clairement l’étendue du droit transféré. Certains passages du préambule du décret tendent à indiquer que la cession d’un fief simple est envisagée (une « portion de la réserve indienne numéro un de la bande indienne d’Osoyoos »), tandis que d’autres suggèrent la cession d’un droit plus restreint (« pour les

79

80

81

portion of Osoyoos Indian Reserve number one” is not necessarily indicative of a fee simple transfer. Given that the law views property as a bundle of rights, that the Order in Council grants “a portion” of the reserve is not inconsistent with the granting of an easement or a right to use the land “for irrigation canal purposes”. A right to use the land for a restricted purpose is part of the bundle of rights that make up the property interest in the reserve and so may be referred to as “a portion” of the reserve.

besoins d’un canal d’irrigation »). En fait, l’expression une « portion de la réserve indienne numéro un de la bande indienne d’Osoyoos » n’indique pas nécessairement la cession d’un fief simple. Étant donné que, en droit, la propriété est considérée comme un faisceau de droits, le fait que le décret octroie une « portion » de la Réserve n’est pas incompatible avec l’octroi d’une servitude ou du droit d’utiliser les terres « pour les besoins d’un canal d’irrigation ». Le droit d’utiliser les terres à une fin donnée est un élément du faisceau de droits formant le droit de propriété relatif à la Réserve et il peut, de ce fait, être décrit comme étant une « portion » de la réserve.

82

In its traditional sense, a “right of way” is a type of easement, and at common law the acquisition of a right of way does not give the holder a fee simple interest or the right to exclusive possession: E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2nd ed. 1992). However, as noted by Newbury J.A. in the Court of Appeal, in modern usage the term right of way does not always correspond to the common law concept and in some circumstances may refer to a right to the exclusive use and occupation of a corridor of land. I acknowledge that the term “rights-of-way” can have two meanings and that the degree of occupation will be governed by the document conceding the grant. However, it is not clear from the context in which it appears in the Order in Council whether the term “rights-of-way” necessarily refers to an easement as it is traditionally known, or some greater interest in a corridor of land.

Dans son sens traditionnel, un « droit de passage » est un type de servitude et, en common law, l’acquisition d’un droit de passage ne donne pas à son détenteur un intérêt en fief simple ni un droit à la possession exclusive des terres visées : E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2^e éd. 1992). Cependant, comme l’a souligné le juge Newbury de la Cour d’appel, l’utilisation moderne de l’expression « droit de passage » ne correspond pas toujours à cette notion en common law et, dans certains cas, elle peut s’entendre du droit d’utilisation et d’occupation exclusives d’une bande de terre. Je reconnais que l’expression « droits de passage » peut avoir deux sens et que le degré d’occupation sera régi par le document constatant l’octroi. Toutefois, le contexte dans lequel cette expression est utilisée dans le décret n’indique pas clairement si elle fait nécessairement référence à une servitude traditionnelle ou à un intérêt supérieur sur une bande de terre.

83

The Description refers to three different rights of way: that occupied by the canal, that occupied by a road, and that occupied by a power transmission line. Only the power line right of way is clearly identified as a “prior Grant of Easement”, but that does not, by comparison, necessarily render the other two rights of way something other than an easement. The Order in Council is ambiguous as there are no words which conclusively indicate either an exclusive interest, or a more limited interest when considering all the relevant factors. Indeed, if anything, the words “for irrigation canal

La Description fait état de trois droits de passage différents : le droit de passage servant au canal, le droit de passage servant à la route et le droit de passage servant à la ligne de haute tension. Seul le dernier est clairement décrit comme une « servitude existante », mais cela ne fait pas nécessairement par voie d’analogie des deux autres droits de passage autre chose qu’une servitude. Le décret est ambigu parce que, lorsqu’on examine tous les facteurs pertinents, aucun terme n’indique de façon concluante l’existence soit d’un droit exclusif soit d’un droit plus restreint. D’ailleurs les mots « pour les besoins

purposes” in the recitals colour the description that follows and operate as words of limitation.

In finding that the Order in Council removed the land from the reserve, the majority of the Court of Appeal relied in part on the fact that there was no indication that the Province was acquiring anything less than exclusive rights to the land. However, this approach is contrary to the clear and plain intention test for extinguishment. While express language is not strictly necessary, courts should not take away an aboriginal interest in land by implication unless clearly and plainly supported by context.

Turning to the operative words of transfer in this case, the Order in Council refers to the “taking” of the said lands and not merely the right to use the said lands. I agree with my colleague, Gonthier J., when he points out that the *Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990), meaning of “take” can include ownership (see para. 129). But, as my colleague acknowledges, it can also include interests less than ownership. This highlights that the word “take”, as used here, is ambiguous, in particular when one looks to all the other aspects of the Order in Council.

To elaborate further, the word “take” in relation to land does not necessarily refer to the acquisition of full title. Rather, *The Dictionary of Canadian Law* (2nd ed. 1995) defines “take lands” as including to “enter upon, take possession of, use and take lands for a limited time or otherwise or for a limited estate or interest”. Similarly, several courts including this one have acknowledged that a “taking” of land includes the acquisition of possession and other interests less than full title: see *The Queen in right of British Columbia v. Tener*, [1985] 1 S.C.R. 533, at p. 563; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101, at pp. 109-10, citing *Belfast Corp. v. O.D. Cars Ltd.*, [1960] A.C. 490 (H.L.), at p. 523; *Saskatchewan Land and Homestead Co. v. Calgary and Edmonton Railway Co.* (1913), 14 D.L.R. 193

d’un canal d’irrigation » figurant dans le préambule ont plutôt pour effet d’influer sur la Description qui suit et d’agir comme termes restrictifs.

Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que le décret excluait de la Réserve les terres visées, en se fondant en partie sur le fait que rien n’indiquait que la province acquérait un droit inférieur à des droits exclusifs sur les terres visées. Toutefois, cette approche est contraire au critère de l’intention claire et nette applicable en matière d’extinction. Bien que la présence de termes explicites ne soit pas strictement nécessaire, les tribunaux ne doivent pas retirer un droit foncier aux Autochtones par voie d’implication nécessaire, à moins que cette conclusion ne ressorte de façon claire et nette du contexte.

En ce qui concerne les mots clés du transfert effectué en l’espèce, le décret parle de la « prise » des terres visées, et non pas simplement du droit de les utiliser. Je souscris à l’opinion de mon collègue le juge Gonthier lorsqu’il souligne que le sens donné par le *Black’s Law Dictionary* (6^e éd. 1990), au mot « take » (prendre) peut inclure la propriété (voir le par. 129). Mais, comme le reconnaît mon collègue, ce mot peut aussi s’entendre d’un droit inférieur au droit de propriété. Ces constatations illustrent bien le fait que le mot « take », tel qu’il est utilisé en l’espèce, est ambigu, particulièrement si l’on prend en compte tous les autres aspects du décret.

En outre, lorsqu’il a trait à des terres, le mot « take » ne s’entend pas nécessairement de l’acquisition du titre de propriété absolu. Au contraire, *The Dictionary of Canadian Law* (2^e éd. 1995) définit ainsi l’expression « take lands » (prendre des terres) : [TRADUCTION] « pénétrer sur des terres, en prendre possession, les utiliser et les prendre pendant une durée limitée ou indéterminée ou pour constituer un domaine ou un droit limité ». De même, plusieurs tribunaux, dont notre Cour, ont reconnu que la « prise » de terres s’entendait notamment de l’acquisition de la possession et d’autres droits inférieurs au titre de propriété absolu : voir *La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533, p. 563; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*,

84

85

86

(Alta. S.C.), at p. 197, affirmed (1915), 51 S.C.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Canadian Pacific Ltd.* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 62, 2000 BCSC 933.

[1979] 1 R.C.S. 101, p. 109-110, citant *Belfast Corp. c. O.D. Cars Ltd.*, [1960] A.C. 490 (H.L.), p. 523; *Saskatchewan Land and Homestead Co. c. Calgary and Edmonton Railway Co.* (1913), 14 D.L.R. 193 (C.S. Alb.), p. 197, confirmé par (1915), 51 R.C.S. 1; *Canada (Attorney General) c. Canadian Pacific Ltd.* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 62, 2000 BCSC 933.

87

The use of the term “land” is not determinative of the scope of the interest being conveyed because the legal definition of “land” includes “interests in land”. This is true of the definition found in legal dictionaries and virtually every statutory definition, federal or provincial, of the term “land”. Furthermore, the recitals state that the Minister “has applied for the lands hereinafter described” and that the Governor General in Council “is pleased hereby to consent to the taking of the said lands”. Thus, the recitals clearly refer to the Description as containing the details of the interest in land being transferred. In this connection, it is most significant that the Description uses the term “rights-of-way”, rather than referring to the metes and bounds of parcels of land.

L’utilisation du mot « terres » n’est pas déterminante quant à la portée du droit cédé puisque, d’après la définition juridique de ce mot, « terres » s’entend également des « droits sur celles-ci ». Il en est ainsi des définitions du mot « terres » figurant dans les dictionnaires juridiques et de virtuellement toutes les définitions de ce mot figurant dans les lois fédérales et provinciales. En outre, le préambule du décret précise que le ministre « a demandé [. . .] les terres décrites ci-après » et qu’« il plaît » au gouverneur général « de consentir à la prise de ces terres ». Par conséquent, le préambule renvoie clairement à la Description pour connaître le détail du droit foncier transféré. À cet égard, il est très important de souligner que, dans la Description, on utilise le terme « droits de passage » au lieu de décrire les limites des parcelles de terres.

88

Furthermore, the words “transfer the administration and control” in the Order in Council are not determinative of the nature of the interest acquired by the Province in this case. Administrative powers can be ancillary to an easement for irrigation purposes. This is not the language of a fee simple transfer. The transfer of administrative control from one emanation of the Crown to another is not an alienation: see *British Columbia (Attorney General) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156 (C.A.), at p. 190; *Attorney General of Canada v. Western Highbie*, [1945] S.C.R. 385, at pp. 402-3. Moreover, the transfer of administrative control over reserve land from the federal to the provincial Crown does not *per se* remove the land from a reserve. Reserve land can be, and is in many cases, held by a province for the benefit of an Indian band.

De plus, les mots « céder la gestion et la maîtrise » figurant dans le décret ne sont pas déterminants pour ce qui est de la nature du droit acquis par la province en l’espèce. Des pouvoirs administratifs peuvent être accessoires à une servitude créée aux fins d’irrigation. Il ne s’agit pas de termes propres à la cession du fief simple. Le transfert de la maîtrise administrative par une émanation de la Couronne en faveur d’une autre ne constitue pas une aliénation : voir *British Columbia (Attorney General) c. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156 (C.A.), p. 190; *Attorney General of Canada c. Western Highbie*, [1945] R.C.S. 385, p. 402-403. En outre, le transfert par la Couronne fédérale à la Couronne provinciale de la maîtrise administrative à l’égard de terres de réserve n’a pas en soi pour effet d’exclure ces terres de la réserve. Des terres de réserve peuvent être — et dans bien des cas sont — détenues par une province au profit d’une bande indienne.

To summarize, the Order in Council is ambiguous as to the nature of the interest conveyed. It is consistent with the granting of either a fee simple, or a statutory easement for irrigation canal purposes. In light of such ambiguity, resort must be had to the interpretive principles applicable to questions dealing with Indian interests, and the interpretation which impairs the Indian interests as little as possible is to be preferred. Thus, the Order in Council should be read as granting a statutory easement to the Province.

VII. Conclusion

I conclude that the Order in Council is ambiguous as to the nature of the interest transferred. It does not evince a clear and plain intent to extinguish the Band's interest in the reserve land. An interpretation of the instrument as granting only an easement over or right to use the canal lands is both plausible and consistent with the policies of the *Indian Act* relating to taxation (s. 83(1)(a)) and expropriation (s. 35). This interpretation is consistent with the minimal impairment of the Band's interest in reserve land. Accordingly, I find that the Order in Council effected a grant of an easement over the land occupied by the canal and did not take away the whole of the Band's interest in the reserve. Therefore, the canal land is still "in the reserve" for the purposes of s. 83(1)(a).

I would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal, and substitute therefor an order declaring that the canal land is in the reserve for the purposes of s. 83(1)(a). Since the appellant did not seek costs, I refrain from making an order for costs.

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

GONTHIER J. (dissenting) — The present appeal is concerned with the authority of the Osoyoos Indian Band to tax land within the perimeter of its original reserve on which an irrigation canal was

En résumé, le décret est ambigu quant à la nature du droit cédé. Il peut être considéré comme ayant pour effet d'octroyer soit le fief simple soit une servitude légale pour les besoins d'un canal d'irrigation. Vu cette ambiguïté, il faut recourir aux principes d'interprétation applicables aux questions relatives aux droits des Indiens et retenir l'interprétation qui porte le moins possible atteinte à ces droits. En conséquence, le décret doit être considéré comme ayant pour effet d'accorder une servitude légale à la province.

VII. Conclusion

Je conclus que le décret est ambigu quant à la nature du droit cédé. Le décret n'indique pas une intention claire et nette d'éteindre le droit de la Bande sur les terres de réserve visées. Le fait de considérer que ce document a seulement pour effet d'octroyer une servitude sur les terres formant le canal ou le droit de les utiliser est à la fois plausible et compatible avec les politiques prévues par la *Loi sur les Indiens* en matière de taxation (al. 83(1)a)) et d'expropriation (art. 35). Cette interprétation porte atteinte de façon minimale au droit de la Bande sur les terres de réserve visées. Par conséquent, j'estime que le décret a octroyé une servitude sur les terres occupées par le canal et qu'il n'a pas retiré à la Bande l'ensemble de son droit sur les terres de réserve visées. Les terres formant le canal sont donc toujours situées « dans la réserve » pour l'application de l'al. 83(1)a).

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de lui substituer une ordonnance portant que les terres formant le canal sont situées dans la Réserve pour l'application de l'al. 83(1)a). L'appelante n'ayant pas réclamé les dépens, je m'abstiens de rendre une ordonnance à cet égard.

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

LE JUGE GONTHIER (dissident) — Le présent pourvoi porte sur le pouvoir de la bande indienne d'Osoyoos de taxer des terres situées à l'intérieur du périmètre de sa réserve originale, et sur lesquel-

89

90

91

92

constructed and is now in operation. This land was the subject of an Order in Council which effected an expropriation of the land under the authority of s. 35 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, in favour of the Province of British Columbia.

I. Facts

93

The Province of British Columbia built an irrigation canal in 1925 on the Osoyoos Indian Reserve Number 1, the reserve of the appellant Osoyoos Indian Band. In 1957, the Governor in Council adopted Order in Council P.C. 1957-577 pursuant to s. 35 of the *Indian Act* with respect to these lands. The Order in Council provided as follows:

WHEREAS the Minister of Agriculture for the Province of British Columbia has applied for the lands hereinafter described, being a portion of Osoyoos Indian Reserve number one, in the said Province for irrigation canal purposes;

AND WHEREAS the sum of \$7,700 has been received from the Province of British Columbia in full payment for the land required in accordance with a valuation approved by the Band Council of the Osoyoos Band of Indians on the 30th of March, 1955 and officials of the Indian Affairs Branch;

THEREFORE, His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration, pursuant to the provisions of Section 35 of the *Indian Act*, is pleased hereby to consent to the taking of the said lands by the Province of British Columbia and to transfer the administration and control thereof to Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia:

DESCRIPTION

The whole of those rights-of-way, in Osoyoos Indian Reserve number one, in the province of British Columbia, said rights-of-way containing together by admeasurement fifty-six acres and nine hundredths of an acre, more or less, as said rights-of-way are shown bordered red on a plan of record number Irr twenty-one hundred and thirty-four in the Indian Affairs survey records at Ottawa; saving and excepting thereout and therefrom all that portion lying within a right-of-way for a road, as the last aforesaid right of way is shown bordered red on a plan of record number Rd thirty-six hundred and

les a été construit un canal d'irrigation qui est encore exploité aujourd'hui. Ces terres ont fait l'objet d'un décret d'expropriation en faveur de la province de la Colombie-Britannique, pris sous le régime de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149.

I. Les faits

En 1925, la province de la Colombie-Britannique a construit un canal d'irrigation dans la réserve indienne numéro 1 de l'appelante, la bande indienne d'Osoyoos. En 1957, conformément à l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, le gouverneur en conseil a pris le décret C.P. 1957-577 relativement à ces terres. Le décret est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

ATTENDU que le ministre de l'Agriculture de la province de la Colombie-Britannique a demandé, pour les besoins d'un canal d'irrigation, les terres décrites ci-après, qui constituent une portion de la réserve indienne numéro un de la bande indienne d'Osoyoos, dans ladite province;

ET ATTENDU que la somme de 7 700 \$ a été reçue de la province de la Colombie-Britannique à titre de paiement complet des terres demandées, conformément à l'évaluation approuvée par le conseil de la bande indienne d'Osoyoos le 30 mars 1955 et par les fonctionnaires de la Division des Affaires indiennes;

À CES CAUSES, il plaît à Son Excellence le gouverneur général en conseil, sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et conformément aux dispositions de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, de consentir à la prise de ces terres par la province de la Colombie-Britannique et d'en céder la gestion et la maîtrise à Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique :

DESCRIPTION

L'ensemble des droits de passage, dans la réserve numéro un de la bande indienne d'Osoyoos, dans la province de la Colombie-Britannique, lesdits droits de passage s'étendant sur une superficie d'environ cinquante-six acres et neuf centièmes, tels qu'ils sont représentés, lisérés de rouge, sur le plan enregistré numéro Irr deux mille cent trente-quatre des registres d'arpentage des Affaires indiennes à Ottawa; à l'exception toutefois de toute la portion située à l'intérieur des limites du droit de passage servant à une route, ce droit de passage étant représenté, liséré

eighty in said records, a copy of which is deposited in the Land Registry Office for the district of Kamloops at Kamloops under number A thirteen hundred and seventy-seven; also saving and excepting thereout and therefrom all roads reserved by the Province of British Columbia by provincial order-in-council number one thousand and thirty-six, also subject to a prior Grant of Easement for a Power Transmission Line granted to West Kootenay Power and Light Company Ltd. by Order-in-Council P.C. 143 dated January 25, 1937, for a term of thirty years, this right-of-way containing by admeasurement 22 acres and two-tenths of an acre, more or less, and is shown on a plan of survey by R.P. Brown, B.C.L.S. dated November 16, 1936 and which is of record in the Indian Affairs Branch as Plan No. M. 2691.

Reserving thereout and therefrom all mines and minerals and the right to work the same.

In 1961, the Province of British Columbia registered the land by way of Certificate of Indefeasible Title. At the time of this appeal, the land is used for irrigation purposes and the fee is vested in the Province. The respondent Town of Oliver continues to operate and maintain the canal.

In 1994, the appellant passed property assessment and taxation by-laws pursuant to s. 83 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. In order to determine whether these apply to the lands in question, it brought this case, stated by the Osoyoos Indian Band Board of Review pursuant to s. 80(1) of the Osoyoos Indian Band Property Assessment By-law P.R. 95-01. The Board sought the opinion of the court on two questions:

1. Are lands, taken pursuant to s. 35 of the *Indian Act*, "land or interests in land" in a reserve of a Band within the meaning of s. 83(1)(a) of the *Indian Act* such that those lands are assessable and taxable pursuant to Band Assessment By-laws and taxable pursuant to Band Taxation By-laws?

de rouge, sur le plan enregistré sous le numéro Rd trois mille six cent quatre-vingt de ces registres, dont une copie est déposée au bureau d'enregistrement des droits immobiliers du district de Kamloops à Kamloops, sous le numéro A mille trois cent soixante-dix-sept; à l'exception également de toutes les routes réservées par la province de la Colombie-Britannique, au moyen du décret provincial numéro mille trente-six, et aussi sous réserve d'une servitude existante relative à une ligne de haute tension, octroyée à West Kootenay Power and Light Company Ltd., au moyen du décret C.P. 143, daté du 25 janvier 1937, pour une période de trente ans, ce droit de passage ayant une superficie d'environ 22 acres et deux dixièmes, et est représenté sur un plan d'arpentage préparé par R.P. Brown, B.C.L.S., en date du 16 novembre 1936 et inscrit au registre de la Division des Affaires indiennes sous le numéro de plan M. 2691.

Le tout sous réserve des mines et des minéraux et du droit de les exploiter.

En 1961, la province de la Colombie-Britannique a enregistré ce bien-fonds au moyen d'un certificat de titre incontestable. Le bien-fonds est présentement utilisé aux fins d'irrigation et le fief relatif à ce bien-fonds est dévolu à la province. La ville d'Oliver intimée continue d'exploiter et d'entretenir le canal.

En 1994, l'appelante a pris des règlements administratifs sur l'évaluation et l'imposition foncières en vertu de l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. Afin de déterminer si ces règlements s'appliquent aux terres en question, l'appelante a introduit la présente instance par voie d'exposé de cause établi par la Commission de révision de la bande indienne d'Osoyoos, conformément au par. 80(1) de l'Osoyoos Indian Band Property Assessment By-law P.R. 95-01. La Commission a sollicité l'opinion du tribunaux sur deux questions :

[TRADUCTION]

1. Est-ce que les terres prises en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* sont des « immeubles [ou] des droits sur ceux-ci » situés dans la réserve d'une bande au sens de l'al. 83(1)(a) de la *Loi sur les Indiens* et sont, de ce fait, évaluables et imposables en vertu du règlement d'évaluation foncière de la bande et imposables en vertu de son règlement en matière de taxation?

94

95

2. If s. 35 of the *Indian Act* authorizes the removal of lands from reserve status, does federal Order in Council 1957-577, by which the Lands were transferred, remove the Lands from reserve status so that they are not assessable and taxable by the Osoyoos Indian Band?

2. Si l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* permet de retirer à des terres leur qualité de terres de réserve, est-ce que le décret fédéral 1957-577, en vertu duquel les terres ont été transférées, a eu cet effet sur les terres en cause, de sorte qu'elles ne sont pas évaluables et imposables par la bande indienne d'Osoyoos?

96

The case, as stated, does not raise issues as to breaches of the Crown's fiduciary obligation, the validity and legitimacy of the Order in Council or the constitutionality of s. 35 of the *Indian Act*. There also is no evidence in this case of the existence of aboriginal title or treaty rights in the lands in question. Nor are any claimed. The case as stated — and this decision — do not therefore purport to address the effect of s. 35 of the *Indian Act* on reserve lands which are also subject to aboriginal title or treaty rights.

Ainsi exposé, le dossier ne soulève pas de questions relativement à quelque manquement de la Couronne à son obligation de fiduciaire, à la validité et à la légitimité du décret ou à la constitutionnalité de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*. En l'espèce, il n'y a également aucun élément de preuve touchant à l'existence d'un titre aborigène ou de droits issus de traités visant les terres en question, ni aucune revendication à cet égard. L'exposé de cause et la présente décision ne portent donc pas sur l'effet de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* sur les terres de réserve qui sont également visées par un titre aborigène ou des droits issus de traités.

II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

97

Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149

2. (1) In this Act,

2. (1) Dans la présente loi, l'expression

(o) "reserve" means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band;

o) « réserve » signifie une parcelle de terrain dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté et qu'Elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande;

35. (1) Where by an Act of the Parliament of Canada or a provincial legislature Her Majesty in right of a province, a municipal or local authority or a corporation is empowered to take or to use lands or any interest therein without the consent of the owner, the power may, with the consent of the Governor in Council and subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council, be exercised in relation to lands in a reserve or any interest therein.

35. (1) Lorsque, par une loi du Parlement du Canada ou d'une législature provinciale, Sa Majesté du chef d'une province, une autorité municipale ou locale, ou une corporation, a le pouvoir de prendre ou d'utiliser des terres ou tout droit y afférent sans le consentement du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil et aux conditions qu'il est loisible à ce dernier de prescrire, être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent.

(2) Unless the Governor in Council otherwise directs, all matters relating to compulsory taking or using of lands in a reserve under subsection (1) shall be governed by the statute by which the powers are conferred.

(2) À moins que le gouverneur en conseil n'en ordonne autrement, toutes les matières concernant la prise ou l'utilisation obligatoire de terres dans une réserve, aux termes du paragraphe (1), doivent être régies par la loi qui confère les pouvoirs.

(3) Whenever the Governor in Council has consented to the exercise by a province, authority or corporation of

(3) Lorsque le gouverneur en conseil a consenti à l'exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1) par

the powers referred to in subsection (1), the Governor in Council may, in lieu of the province, authority or corporation taking or using the lands without the consent of the owner, authorize a transfer or grant of such lands to the province, authority or corporation, subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council.

(4) Any amount that is agreed upon or awarded in respect of the compulsory taking or using of land under this section or that is paid for a transfer or grant of land pursuant to this section shall be paid to the Receiver General of Canada for the use and benefit of the band or for the use and benefit of any Indian who is entitled to compensation or payment as a result of the exercise of the powers referred to in subsection (1).

Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5

83. (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

Water Act, R.S.B.C. 1948, c. 361

21. (1) In this and the following three sections "land" includes any estate or interest in or easement over land.

(2) Every licensee shall have the right to expropriate any land reasonably required for the construction, maintenance, improvement, or operation of any works authorized under his licence, and the holder of any licence that authorizes the diversion of water for domestic purpose or waterworks purpose shall have the right to expropriate, in addition, any land the control of which by the licensee would help to prevent pollution of the water authorized to be diverted, and, with the consent of the Lieutenant-Governor in Council, the holder of any licence that authorizes the construction of a dam shall have the right to expropriate, in addition, any land that would be flooded if the dam were constructed and utilized to the maximum height authorized. The owner of land so expropriated shall be compensated therefor by the licensee, and the procedure to be followed in expropriating land and the method of determining the compensation shall be as prescribed in the regulations.

une province, autorité ou corporation, il peut, au lieu que la province, l'autorité ou la corporation prenne ou utilise les terres sans le consentement du propriétaire, permettre un transfert ou octroi de ces terres à la province, autorité ou corporation, sous réserve des conditions prescrites par le gouverneur en conseil.

(4) Tout montant dont il est convenu ou qui est accordé à l'égard de la prise ou de l'utilisation obligatoire de terrains sous le régime du présent article ou qui est payé pour un transfert ou octroi de terre selon le présent article, doit être versé au receveur général du Canada à l'usage et au profit de la bande ou à l'usage et au profit de tout Indien qui a droit à l'indemnité ou au paiement du fait de l'exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1).

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5

83. (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants :

a) sous réserves des paragraphe (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

Water Act, R.S.B.C. 1948, ch. 361

[TRADUCTION]

21. (1) Dans le présent article et dans les trois suivants, le mot « terres » s'entend également des domaines, droits, intérêts ou servitudes relatifs à celles-ci.

(2) Les détenteurs de permis ont le droit d'exproprier les terres raisonnablement requises pour la construction, l'entretien, l'amélioration ou l'exploitation de tout ouvrage autorisé par leur permis, et le détenteur d'un permis autorisant la dérivation des eaux à des fins domestiques ou pour un réseau d'aqueduc a en outre le droit d'exproprier toute terre dont la maîtrise l'aiderait à empêcher la pollution des eaux qu'il est autorisé à dériver, et, avec le consentement du lieutenant gouverneur en conseil, le détenteur d'un permis autorisant la construction d'un barrage a également le droit d'exproprier toute terre qui serait inondée si le barrage était construit et utilisé à la hauteur maximale autorisée. Le propriétaire de la terre expropriée doit être indemnisé pour celle-ci par le détenteur du permis, auquel cas la procédure d'expropriation et la méthode de détermination de l'indemnité sont celles prescrites par règlement.

Constitution Act, 1982

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

III. Judgments

A. *British Columbia Supreme Court* (1997), 145 D.L.R. (4th) 552

98 Mackenzie J. noted that the Minister of Agriculture, who applied for the land for irrigation purposes, did not rely on s. 21 of the *Water Act* to expropriate formally. A formal expropriation would have been the first step that, together with the Governor in Council's consent, would have brought the expropriation under s. 35(1). Rather, the Governor in Council acted under s. 35(3) of the *Indian Act* in consenting to the Minister's application for the land.

99 Mackenzie J. concluded that s. 35(3) can remove lands from the reserve with the result that these are not taxable as land in the reserve under s. 83 of the *Indian Act*. He cited the Court of Appeal decision in *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1996] 2 C.N.L.R. 222 (B.C.C.A.), as authority for the proposition that a fee simple is incompatible with lands remaining in the reserve.

100 Citing the principle of indivisibility of the Crown, he noted that the Order in Council need not be accompanied by a deed or other formal conveyance of title to the land. Mackenzie J. quoted, at para. 4, from Paul Lordon, Q.C., *Crown Law* (1991), at p. 283:

Her Majesty is the owner of the property whether in right of Canada or the province and cannot grant to Herself. Only administrative control of the property passes. The transfer is, therefore, made by reciprocal Orders in Council and is confirmed by statute where third party rights are involved.

Loi constitutionnelle de 1982

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

III. Les jugements

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1997), 145 D.L.R. (4th) 552

Le juge Mackenzie a souligné que le ministre de l'Agriculture, qui a demandé les terres en question aux fins d'irrigation, n'a pas invoqué l'art. 21 de la *Water Act* afin de procéder officiellement à leur expropriation. Une expropriation officielle, à laquelle aurait consenti le ministre, aurait constitué la première étape du processus d'expropriation prévu au par. 35(1). Le gouverneur en conseil a plutôt consenti à la demande du ministre et a agi en vertu du par. 35(3) de la *Loi sur les Indiens*.

Le juge Mackenzie a conclu que le par. 35(3) permet d'exclure des terres de la réserve de sorte que celles-ci ne seraient plus imposables en tant qu'immeubles situés dans la réserve au sens de l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens*. Il a mentionné l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *St. Mary's Indian Band c. Cranbrook (City)*, [1996] 2 C.N.L.R. 222, au soutien de la proposition qu'un transfert en fief simple est incompatible avec la possibilité que les terres continuent de faire partie de la réserve.

Invoquant le principe de l'indivisibilité de la Couronne, il a souligné que le décret n'avait pas à être accompagné d'un acte formaliste de transfert du titre sur le bien-fonds. Au paragraphe 4 de ses motifs, le juge Mackenzie a cité l'extrait suivant, tiré des p. 310 et 311 de l'ouvrage de Paul Lordon, c.r., *La Couronne en droit canadien* (1992) :

Que ce soit du chef du Canada ou de la province, Sa Majesté est le propriétaire du bien, qu'elle ne peut donc en théorie se transférer à elle-même. Le contrôle administratif du bien seulement est transféré. Le transfert est donc effectué par les décrets de chaque gouvernement, et il est confirmé dans un texte de loi si les droits de tiers sont en jeu.

With respect to whether in fact the Order in Council did effect the transfer of a fee, Mackenzie J. put a great deal of weight on the fact that there were no words of limitation in the Order in Council. No conditions were included in the Order, nor were there restrictions on the extent of the transfer of administration and control. In his view, the transfer in question was a transfer of administration and control unlimited in time equivalent to an absolute fee or a fee determinable on the lands ceasing to be used for irrigation purposes (as the land was still being so used he did not have to decide which it was). He concluded that while administration and control of the lands remained with the Province, the lands were not part of the reserve, and the appellant had no jurisdiction to tax them.

Mackenzie J. further examined whether the reservation of the mines and minerals in the Order in Council left a taxable interest with the Band. He concluded that, regardless of the taxable interest in the mines and minerals themselves, such a reservation could not support a taxable interest in the surface.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589

1. Newbury J.A. for the Majority (Prowse J.A. Concurring)

Newbury J.A. disposed of the case on principles of statutory and documentary construction. She refused to consider the effect of aboriginal title in her analysis on the grounds that there was no evidence to indicate that aboriginal title subsisted in the particular lands in question. In other words, counsel for the Band did not attempt to prove occupancy by the Band of the land in question.

In understanding the nature of the Band's jurisdiction to tax, Newbury J.A. rejected the drawing of an analogy from an aboriginal band to a municipality. A municipality's right to tax land is dependent on the geographical location of the land within the boundaries of the municipality, regardless of

Quant à la question de savoir si le décret a eu pour effet de transférer un fief, le juge Mackenzie a attaché beaucoup d'importance au fait que le décret ne contenait pas de termes restrictifs. Il n'était assorti d'aucune condition et ne comportait pas de restriction quant à la portée du transfert de la gestion et de la maîtrise des terres en cause. De l'avis du juge, il s'agissait du transfert soit de la gestion et de la maîtrise des terres pendant une période indéterminée — situation équivalant à un fief absolu —, soit d'un fief résoluble lorsque les terrains cesseraient d'être utilisés aux fins d'irrigation (puisque les terres visées étaient toujours utilisées à ces fins, il n'a pas eu à qualifier le fief). Il a conclu que, tant que la gestion et la maîtrise des terres continuaient de relever de la province, les terrains ne faisaient pas partie de la réserve et l'appelante n'avait pas le pouvoir de les taxer.

Le juge Mackenzie s'est en outre demandé si la réserve relative aux mines et aux minéraux prévu par le décret laissait à la Bande un droit imposable. Il a conclu que, indépendamment du droit imposable découlant des mines et minéraux eux-mêmes, pareille réserve ne pouvait fonder l'existence d'un droit en surface imposable.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589

1. Le juge Newbury, au nom de la majorité (avec l'appui du juge Prowse)

Madame le juge Newbury a statué sur l'affaire en se fondant sur les principes d'interprétation applicables aux textes législatifs et autres documents. Dans son analyse, elle a refusé d'examiner l'effet du titre aborigène pour le motif qu'aucun élément de preuve n'indiquait qu'un tel titre subsistait sur les terres en cause. En d'autres termes, l'avocat de la bande n'a pas tenté de prouver l'occupation des terres en question par la bande.

Pour définir la nature du pouvoir de taxation de la bande, le juge Newbury a rejeté l'analogie faite entre les bandes autochtones et les municipalités. Pour qu'une municipalité puisse exercer son droit d'imposer une taxe foncière, il faut que le bien-fonds visé soit situé à l'intérieur des limites de la

101

102

103

104

ownership or use. In contrast, the right to tax under the *Indian Act* is limited to land that meets the statutory definition of “reserve” land. Newbury J.A. concluded, at para. 87, that “reserve land that is expropriated and used for a *public* purpose is no longer land held for the benefit of a band but is land held for other purposes” (emphasis in original).

municipalité, peu importe l’identité du propriétaire du bien-fonds ou l’usage qui en est fait. À l’opposé, le droit de taxation prévu par la *Loi sur les Indiens* est limité aux terres qui répondent à la définition législative de terre de « réserve ». Le juge Newbury a conclu, au par. 87, qu’[TRADUCTION] « une terre de réserve qui est expropriée et utilisée à des fins d’intérêt *public* n’est plus détenue au profit de la bande mais constitue une terre détenue à d’autres fins » (en italique dans l’original).

105 In interpreting s. 35 of the *Indian Act*, Newbury J.A. found that it did in fact incorporate statutory powers of expropriation of reserve land, which forced taking does not require the consent of the owner.

Interprétant l’article 35 de la *Loi sur les Indiens*, le juge Newbury a conclu que celui-ci incorpore de fait des pouvoirs d’origine législative permettant l’expropriation de terres de réserve, et que de telles prises forcées ne requièrent pas le consentement du propriétaire.

106 For the majority of the Court of Appeal, the critical issue to be resolved in this case was whether the “taking” effected by the Order in Council was such that the land was no longer land in the reserve. In deciding whether the Order in Council gave the Province only a right of way or something greater, Newbury J.A. recognized that special considerations apply where Indian reserve lands are concerned. She held, at para. 92, that as a rule of construction: “where ambiguous or unclear words are used in an instrument or enactment, the matter must be resolved in favour of the Indians as it is assumed the Crown would not breach its fiduciary duty”. She noted that this is consistent with the rule of construction in expropriation law that ambiguities be decided in favour of the owner of the land. In addition, a technical or formalistic approach is inappropriate to the adjudication of disputes relating to native land.

Pour les juges majoritaires de la Cour d’appel, la question fondamentale à trancher en l’espèce était de savoir si, du fait de la « prise » effectuée au moyen du décret, les terres visées avaient cessé de faire partie de la réserve. Pour décider si le décret accordait à la province un droit de passage seulement ou un droit supérieur, Madame le juge Newbury a reconnu que des considérations particulières s’appliquent lorsque des terres de réserve sont concernées. Elle a énoncé la règle d’interprétation suivante, au par. 92 : [TRADUCTION] « les ambiguïtés ou imprécisions d’un acte instrumentaire ou d’un texte législatif doivent profiter aux Indiens, puisque la Couronne est présumée ne pas vouloir contrevenir à son obligation de fiduciaire ». Elle a souligné que cette règle est conforme à la règle d’interprétation en matière d’expropriation selon laquelle il faut résoudre les ambiguïtés en faveur du propriétaire du terrain. En outre, l’application d’une approche technique ou formaliste ne convient pas pour trancher les différends relatifs aux terres autochtones.

107 In interpreting the Order in Council, she found that the evidence indicates that the provincial Crown took more than a right of way in 1957. In 1961, the Province took the steps necessary to register indefeasible title to the subject lands in its own name. Further, the lands were leased to the respondent Town of Oliver, implying exclusive possession and

Interprétant le décret, elle a estimé que la preuve indiquait que, en 1957, la Couronne provinciale avait pris davantage qu’un droit de passage. En 1961, la province a fait les démarches nécessaires pour enregistrer à son nom un titre incontestable sur les terres concernées. De plus, ces terres ont été louées à la ville d’Oliver intimée, fait qui suggère la

occupation of the lands. In her view, if a right of way had been intended, a right to the “use” of the land rather than to “the land” itself would have been specified.

Newbury J.A. acknowledged, at para. 97, that under the heading “Description” the Order in Council refers to “the whole of those *rights-of-way*” but went on to find that the term “right-of-way” did not create ambiguity in the Order.

Newbury J.A. reviewed both aboriginal and non-aboriginal case law regarding easements and stated the question to be determined as follows, at para. 104: “does the Order in Council . . . grant rights that are consistent with exclusive use by the Province or does it simply grant some rights or benefits that ‘to some extent detract’ from continuing rights of the Band?” (*Shelf Holdings Ltd. v. Husky Oil Operations Ltd.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 193 (Alta. C.A.), leave to appeal denied, [1989] 1 S.C.R. xiv).

In answering this question, Newbury J.A. opined that the Order in Council granted “exclusive rights of enjoyment and possession that are inconsistent with the lands continuing to be held by Her Majesty in right of Canada ‘for the use and benefit of [the] Band’” (para. 105). Newbury J.A., in support of this conclusion, noted that the Order in Council referred to “the taking of the said lands”, not simply the right to use or pass over the lands; there was no indication that the Province acquired anything other than exclusive rights; and the Order in Council clearly stated that “administration and control” of the lands was to be transferred to the Province from the federal government.

In the result, Newbury J.A. stated, at para. 107:

In summary, I agree with the Chambers judge that the Order in Council of 1957 did not contemplate the expropriation of a mere right of way, but of “the lands” themselves, which were thereby removed from the reserve. I say this on a non-technical view of the wording used,

possession et l’occupation exclusives de ces terres. De l’avis du juge, si l’intention avait été de prendre un droit de passage, on aurait précisé qu’il s’agissait du droit « d’utiliser » les terres et non d’un droit « aux terres » elles-mêmes.

Au paragraphe 97 de ses motifs, le juge Newbury a reconnu que, sous le l’intertitre « Description » du décret, on fait mention de « l’ensemble des *droits de passage* », mais elle a poursuivi en concluant que le terme « droit de passage » ne créait pas d’ambiguïté dans le décret.

Madame le juge Newbury a examiné tant les affaires autochtones que non autochtones en matière de servitudes et elle a énoncé ainsi, au par. 104, la question à trancher : [TRADUCTION] « le décret [...] accorde-t-il des droits qui sont compatibles avec l’usage exclusif des terres par la province, ou accorde-t-il tout simplement certains droits ou avantages qui “réduisent dans une certaine mesure” les droits dont continue de jouir la bande? » (*Shelf Holdings Ltd. c. Husky Oil Operations Ltd.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 193 (C.A. Alb.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. xiv).

Répondant à cette question, le juge Newbury a exprimé l’opinion que le décret a accordé [TRADUCTION] « des droits exclusifs de jouissance et de possession qui sont incompatibles avec la possibilité que les terres continuent d’être détenues par Sa Majesté du chef du Canada “à l’usage et au profit [de la] bande” » (par. 105). Au soutien de cette conclusion, le juge Newbury a fait remarquer que le décret faisait état de « la prise de ces terres » et non simplement du droit de les utiliser ou de passer sur celles-ci; rien n’indiquait que la province acquerrait autre chose que des droits exclusifs et le décret énonçait clairement que « la gestion et la maîtrise » des terres allaient être transférées du gouvernement fédéral à la province.

En conclusion, le juge Newbury écrit, au par. 107 :

[TRADUCTION] En résumé, à l’instar du juge en chambre, j’estime que le décret de 1957 ne visait pas l’expropriation d’un simple droit de passage dans la réserve, mais « les terres » elles-mêmes, qui ont de ce fait été soustraites de la réserve. Je fais cette affirmation

108

109

110

111

although the same conclusion is supported by the ordinary common law rules, reviewed above, applicable to rights of way and easements. In this case, there is no dichotomy, and the Order in Council is not ambiguous or ultimately unclear.

Newbury J.A. dismissed the appeal.

2. Lambert J.A., Dissenting

112 Lambert J.A. differed markedly from the majority in that he found that the case necessitated consideration of aboriginal title issues. He restated the first question, at para. 3:

The first question asks whether, after a taking of land in a reserve under s. 35 of the Indian Act, the aboriginal title of the Indians, at the very least, still remains in the hands of the Indians and whether, if so, the land taken is still land or an interest in land in the reserve so as to be amenable to taxation of land and improvements under s. 83 of the Indian Act. This first question is a question about the nature of aboriginal title. [Emphasis in original.]

113 Lambert J.A. asserted, essentially, that the Indian interest in reserve land is the same as aboriginal title (and thus subject to the same principles for extinguishment). He also advanced an alternative; he held that as a matter of fact, aboriginal title exists in reserves in British Columbia. As there was no evidence of this, he relied on judicial notice, in para. 35:

... it would be perverse in this case not to take judicial notice of the fact that Indian reserves in British Columbia were assigned in relation to intensive occupancy areas such as village sites and fishing grounds that had been occupied since before the assertion of British sovereignty. And, as a matter of law, Chief Justice Dickson said in *Guerin* that the Indian interest in reserve land is the interest constituted by aboriginal title.

114 In answering the first question, as he conceived of it, he applied to s. 35 the test for the extinguishment of aboriginal title and found that this section did not clearly and plainly extinguish title. In the result, he

à partir d'une interprétation non technique des termes utilisés, quoique la même conclusion trouve également appui dans les règles ordinaires de la common law, examinées précédemment, relativement aux droits de passage et aux servitudes. En l'espèce, il n'existe aucune dichotomie et le décret n'est pas ambigu ou, en dernière analyse, imprécis.

Le juge Newbury a rejeté l'appel.

2. Le juge Lambert, dissident

L'opinion du juge Lambert diffère nettement de celle de la majorité en ce qu'il a estimé que l'affaire nécessitait l'examen de questions touchant au titre aborigène. Il a reformulé ainsi la première question, au par. 3 :

[TRADUCTION] *La première question est de savoir si, à la suite de la prise d'une terre située dans une réserve en vertu de l'art. 35 de la Loi sur les Indiens, le titre aborigène des Indiens, à tout le moins, demeure toujours entre les mains de ces derniers et, dans l'affirmative, si la terre ainsi prise demeure toujours un immeuble situé dans la réserve ou un droit sur celui-ci, de sorte que les terrains et les améliorations s'y trouvant peuvent être taxés en application de l'art. 83 de la Loi sur les Indiens. Cette première question porte donc sur la nature du titre aborigène. [En italique dans l'original.]*

Essentiellement, le juge Lambert a affirmé que le droit des Indiens sur des terres de réserve équivaut au titre aborigène (et est de ce fait sujet aux mêmes principes en matière d'extinction). Subsidiairement, il a dit que, dans les faits, le titre aborigène existe dans les réserves situées en Colombie-Britannique. Comme il n'y avait aucune preuve à cet égard, il a invoqué la connaissance d'office, au par. 35 :

[TRADUCTION] ... il serait déraisonnable, en l'espèce, de ne pas prendre connaissance d'office du fait que les réserves indiennes situées en Colombie-Britannique ont été mises de côté aux endroits où existaient des zones d'occupation intensive telles que des villages et des lieux de pêche, qui étaient déjà occupées avant l'affirmation de la souveraineté britannique. De plus, sur le plan juridique, le juge en chef Dickson a dit dans l'arrêt *Guerin* que le droit des Indiens sur les terres de réserve est le droit constitué par le titre aborigène.

En répondant à la première question, telle qu'il la concevait, il a appliqué à l'art. 35 le critère applicable à l'extinction du titre aborigène et jugé que cet article n'avait pas pour effet d'éteindre le titre

concluded that aboriginal title remains in the land or interest in land taken. As the land in question is within the geographical boundaries of the reserve and is subject, in his opinion, to aboriginal title, it is land in the reserve for the purpose of taxation under s. 83.

Lambert J.A. noted that the second stated question assumes that s. 35 of the *Indian Act* authorizes the removal of land from the reserve by expropriation. Proceeding on this assumption, Lambert J.A. held that the Order in Council transfers administration and control to the Province of the equivalent of a statutory easement and that it does not transfer an interest like a fee simple. Alternatively, he held that the Order in Council is ambiguous, and that the proper conclusion, based upon the principles of statutory interpretation relating to Indian land, the factual matrix in this case and the internal evidence from the Order in Council, was that the transfer of administration and control was sufficient only to confer all rights needed to operate and maintain the canal, yet leave the Band with its interest in the reserve land minimally impaired. The remaining interest would be sufficient to support land taxation powers of the Band. Thus he would have allowed the appeal.

IV. Analysis

This case is focussed on whether s. 35 of the *Indian Act* can exact the removal of land from a reserve. The context within which this issue is considered is the application of s. 83(1)(a), which grants bands jurisdiction to tax land within their reserves.

Section 83(1)(a) provides:

Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the

de façon claire et nette. En conséquence, il a conclu que le titre aborigène subsiste à l'égard du bien-fonds ou droit sur celui-ci exproprié. Comme les terres en question sont situées à l'intérieur des limites physiques de la réserve et qu'elles sont, selon lui, visées par le titre aborigène, elles constituent un immeuble situé dans la réserve aux fins d'exercice du pouvoir de taxation prévu par l'art. 83.

Le juge Lambert a souligné que la deuxième question de l'exposé de cause postule que l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* permet que des terres soient exclues de la réserve par voie d'expropriation. Partant de ce postulat, le juge Lambert a conclu que le décret transfère à la province la gestion et la maîtrise de l'équivalent d'une servitude légale et non un droit tel que le fief simple. Subsidiairement, il a jugé que le décret est ambigu et qu'il convenait de conclure, à la lumière des principes d'interprétation législative relatifs aux terres indiennes, du contexte factuel de l'espèce et de la preuve découlant du décret, que le transfert de la gestion et de la maîtrise des terres visées a uniquement eu pour effet de conférer l'ensemble des droits nécessaires à l'exploitation et à l'entretien du canal, tout en ne portant qu'une atteinte minimale au droit de la bande sur les terres de réserve concernées. Le droit résiduaire est suffisant pour fonder l'exercice par la bande de ses pouvoirs de taxation foncière. En conséquence, le juge Lambert aurait accueilli l'appel.

IV. L'analyse

La présente affaire porte essentiellement sur la question de savoir si l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* peut avoir pour effet d'exclure des terres d'une réserve. Cette question se soulève dans le contexte de l'application de l'al. 83(1)(a), qui confère aux bandes indiennes le pouvoir de taxer les immeubles situés dans les réserves.

L'alinéa 83(1)(a) dispose :

Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants :

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les

115

116

117

reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

118 The question that must ultimately be answered in this case is whether, for the purposes of s. 83(1)(a), the land on which the irrigation canal is located is within the reserve so that the Osoyoos Indian Band can tax the land.

En dernière analyse, la question qui doit être tranchée en l'espèce est de savoir si, pour l'application l'al. 83(1)a), les terres sur lesquelles est situé le canal d'irrigation se trouvent dans la réserve et peuvent être taxées par la bande indienne d'Osoyoos.

119 It bears keeping in mind that the power to tax is important to the management of reserve territory. As Lamer C.J. put it in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 18:

Il ne faut pas oublier que le pouvoir de taxation est important dans le cadre de la gestion du territoire de la réserve. Comme l'a dit le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 18 :

... it is important that we not lose sight of Parliament's objective in creating the new Indian taxation powers. The regime which came into force in 1988 is intended to facilitate the development of Aboriginal self-government by allowing bands to exercise the inherently governmental power of taxation on their reserves.

... il importe que nous ne perdions pas de vue l'objectif que visait le législateur fédéral lorsqu'il a investi les Indiens de leurs nouveaux pouvoirs de taxation. Le régime qui est entré en vigueur en 1988 est destiné à faciliter le développement de l'autonomie gouvernementale des autochtones en permettant aux bandes d'exercer sur leurs réserves le pouvoir proprement gouvernemental de taxation.

120 That said, the extent of an aboriginal band's power to tax cannot be understood by analogy to the taxation powers of other forms of government. A municipality, like an aboriginal band, has a statutory basis for its jurisdiction to tax. Under the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1996, c. 323, however, jurisdiction to tax is a function of the geographical boundaries of the municipality as specified by statute and is not a function of the municipality's having an interest in the land through, for example, ownership or use.

Cela dit, l'étendue des pouvoirs de taxation d'une bande autochtone ne peut être définie par analogie avec ceux des autres formes de gouvernement. Le pouvoir de taxation d'une municipalité, tout comme celui d'une bande autochtone, repose sur un fondement législatif. Cependant, en vertu de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323, ce pouvoir est fonction des limites géographiques de la municipalité, précisées dans la loi, et non du fait que la municipalité détiendrait un droit sur les terres visées, par exemple parce qu'elle en serait propriétaire ou les utiliserait.

121 In contrast, the *Indian Act* creates a power to tax reserve lands which is limited to such lands that are within the reserve. What constitutes land that is within the reserve is determined wholly by reference to those provisions within the Act that set out when the land loses its statutory status as "reserve" land.

À l'opposé, la *Loi sur les Indiens* crée le pouvoir d'imposer une taxe sur les immeubles, pouvoir limité aux terres situées dans la réserve. La question de savoir en quoi consiste une terre située dans la réserve est entièrement déterminée en se reportant aux dispositions de la Loi qui précisent dans quels cas une terre perd sa qualité de terre de « réserve ».

122 This brings us to the first of the two stated questions in this case. Simply put, is a taking of a fee simple under s. 35, like an absolute surrender under

Cela nous ramène à la première des deux questions formulées en l'espèce. En résumé, est-ce que la prise d'un fief simple en vertu de l'art. 35 a pour

ss. 38 and 39, one way in which the interest in reserve land is brought to an end?

A. *Issue #1: Does Section 35 Effect the Extinguishment of Aboriginal Interest in Reserve Land?*

1. Introduction

It is clear, as I conclude below, that s. 35 allows for the expropriation of a fee. In my view, the conveyance of full ownership, whether by way of absolute surrender or by way of non-consensual taking (“expropriation”) under s. 35, strips the land in question of its statutory status as “reserve” land. It is less important to focus on the means (surrender or expropriation) by which full ownership to reserve land falls into the hands of a third party than to acknowledge the result. In an expropriation of a fee, as in a surrender for sale, the critical change is in how the land is held: a third party (neither the band nor the federal Crown for the band) has full ownership of the land.

2. Interpreting Section 35

(a) *Rules of Interpretation*

What rules and principles inform this Court’s interpretation of s. 35 of the *Indian Act*, given that aboriginal interest in reserve land is affected? In *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 142-43, La Forest J. provides guidance for the proper interpretation of the *Indian Act*:

I note at the outset that I do not take issue with the principle that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians. . . .

Whereas a treaty is the product of bargaining between two contracting parties, statutes relating to Indians are an expression of the will of Parliament. Given this fact, I do not find it particularly helpful to engage in speculation as to how Indians may be taken to understand a given

effet, de la même manière qu’une cession à titre absolue fondée sur les art. 38 et 39, de mettre fin au droit des Indiens sur des terres de réserve?

A. *Question n° 1 : L’article 35 entraîne-t-il l’extinction du droit des Autochtones sur les terres de réserve visées?*

1. Introduction

Conformément à la conclusion que je tire plus loin, il est clair que l’art. 35 permet l’expropriation d’un fief. À mon avis, le transfert de la pleine propriété, que ce soit par voie de cession absolue ou de prise forcée (expropriation) fondée sur l’art. 35, enlève aux terres visées la qualité de terre de « réserve » que leur confère la loi. Il est moins important de s’attacher au moyen (cession ou expropriation) par lequel la pleine propriété de terres de réserve passe à un tiers que de prendre acte du résultat qui en découle. Dans le cas de l’expropriation d’un fief, comme dans le cas d’une cession suivie d’une vente, le changement essentiel réside dans le mode de tenure des terres : un tiers (en l’occurrence ni la bande ni la Couronne fédérale au nom de la bande) détient la pleine propriété des terres en question.

2. Interprétation de l’art. 35

a) *Règles d’interprétation*

Quels sont les règles et les principes qui guident notre Cour dans l’interprétation de l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, eu égard au fait que le droit des Autochtones sur les terres de réserve est concerné? Dans l’arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, p. 142 et 143, le juge La Forest donne des indications sur la façon d’interpréter la *Loi sur les Indiens* :

Je souligne au départ que je ne conteste pas le principe que les traités et les lois visant les Indiens devraient recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté devrait profiter aux Indiens . . .

Alors qu’un traité est le produit d’une négociation entre deux parties contractantes, les lois relatives aux Indiens sont l’expression de la volonté du Parlement. Cela étant, je ne crois pas qu’il soit particulièrement utile d’essayer de déterminer comment les Indiens peuvent comprendre

provision. Rather, I think the approach must be to read the Act concerned with a view to elucidating what it was that Parliament wished to effect in enacting the particular section in question. [Emphasis added.]

une disposition particulière. Je pense que nous devons plutôt interpréter la loi visée en tentant de déterminer ce que le Parlement voulait réaliser en adoptant l'article en question. [Je souligne.]

125 While it is clear that the intent of Parliament in enacting a given provision is central to the interpretation of the *Indian Act*, Parliament's intent should be construed as generously as the Act allows. This too was acknowledged by La Forest J. in *Mitchell*, *supra*, at p. 143:

Bien qu'il soit clair que l'intention qu'avait le législateur en édictant une disposition donnée constitue le point central de l'interprétation de la *Loi sur les Indiens*, cette intention doit être interprétée aussi généreusement que la Loi le permet. Le juge La Forest le reconnaît également dans l'arrêt *Mitchell*, précité, p. 143 :

This approach is not a jettisoning of the liberal interpretative method. As already stated, it is clear that in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights, and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them.

Ce point de vue ne constitue pas un rejet de la méthode d'interprétation libérale. Comme je l'ai déjà dit, il est clair que dans l'interprétation d'une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la *Loi sur les Indiens*, il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger.

(b) *Interpretation of Section 35*

b) *Interprétation de l'art. 35*

126 With this in mind, can the provisions of s. 35 of the *Indian Act* be interpreted so as to permit the removal of land from a reserve by the taking of full ownership? The short answer is yes. Such a taking, in effect, amounts to the non-consensual equivalent of absolute surrender (provided for in ss. 37-39 of the *Indian Act*).

Compte tenu de ce qui précède, est-il possible de considérer que les dispositions de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* ont pour effet de permettre que des terres soient exclues de la réserve par leur prise en pleine propriété? En bref, la réponse est oui. Une telle prise est en fait l'équivalent forcé de la cession à titre absolu (prévue aux art. 37 à 39 de la *Loi sur les Indiens*).

127 There are two ways of expropriating under s. 35: s. 35(1), which extends general powers of expropriation to an aboriginal context; and s. 35(3), which is in fact a transfer or a grant by the federal government to one of the eligible bodies seeking to expropriate rather than, strictly speaking, an expropriation.

L'article 35 prévoit deux modes d'expropriation : celui établi par le par. 35(1), qui étend au contexte autochtone les pouvoirs généraux en matière d'expropriation; et celui établi par le par. 35(3) et dont l'application donne lieu, dans les faits, au transfert ou à l'octroi par le gouvernement fédéral des terres visées à l'un des organismes autorisés à exproprier, plutôt qu'à l'expropriation, au sens strict, des terres en question.

128 Section 35(1) incorporates general expropriation legislation, such as the *Water Act*. In other words, where existing legislation authorizes the Province to "take or to use" land without the consent of the owner, reserve land too can be taken or used without the Band's consent. The salient difference between expropriation authorized under s. 35(1) of the *Indian Act* and expropriation of non-aboriginal

Le paragraphe 35(1) incorpore les lois générales traitant d'expropriation, telle la *Water Act*. En d'autres termes, lorsque des dispositions législatives permettent à la province de « prendre ou d'utiliser » une terre sans le consentement de son propriétaire, il s'ensuit que des terres situées dans une réserve peuvent également être prises ou utilisées sans le consentement de la bande concernée. La

lands under such legislation is that the Governor General's consent is required where reserve lands are taken.

The parties debated whether the word "taking" refers unambiguously to the acquisition of a fee simple interest. "Take" is defined in *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990) as follows:

To lay hold of; to gain or receive into possession; to seize; to deprive one of the use or possession of; to assume ownership. Thus, constitutions generally provide that a person's property shall not be taken for public uses without just compensation. [Emphasis added.]

In my view, a restrictive interpretation of "take" as permitting the assumption of only a lesser interest in the land is contrary to the plain or ordinary meaning of the text of s. 35(1) of the *Indian Act*. Section 35(1) reads:

Where by an Act of the Parliament of Canada or a provincial legislature Her Majesty in right of a province, a municipal or local authority or a corporation is empowered to take or to use lands or any interest therein without the consent of the owner, the power may, with the consent of the Governor in Council and subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council, be exercised in relation to lands in a reserve or any interest therein.

On a plain and ordinary reading of s. 35(1), it imports the powers of expropriation that are granted in ordinary expropriation legislation; thus it allows the taking of no more than what the legislation permits in the non-Indian context. Thus, either a fee or a lesser interest may be "taken". In other words, s. 35(1) incorporates the limits in the provincial legislation as to the extent of the interest that can be acquired by the expropriating body. It is, of course, open to the Governor in Council to impose terms on the expropriation beyond the limitations found in the legislation, as it sees fit.

principale différence entre l'expropriation autorisée par le par. 35(1) de la *Loi sur les Indiens* et l'expropriation de terres non autochtones fondée sur des dispositions législatives générales est que le consentement du gouverneur général est requis lorsque ce sont des terres de réserve qui sont prises.

Les parties ont débattu de la question de savoir si le mot « taking » (« prise ») s'entend de façon non équivoque de l'acquisition d'un intérêt en fief simple. Le *Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990) définit ainsi le mot « take » (« prendre ») :

[TRADUCTION] S'emparer de; acquérir ou recevoir la possession; saisir; priver qqn de l'usage ou de la possession de qqch.; s'approprier. Ainsi, les constitutions prévoient généralement que les biens d'une personne ne peuvent être pris à des fins d'intérêt public sans paiement d'une juste indemnité. [Je souligne.]

À mon avis, interpréter restrictivement le mot « prendre » de façon à ne permettre que la prise d'un droit inférieur sur une terre est contraire au sens ordinaire du texte du par. 35(1) de la *Loi sur les Indiens*, qui est ainsi rédigé :

Lorsque, par une loi du Parlement du Canada ou d'une législature provinciale, Sa Majesté du chef d'une province, une autorité municipale ou locale, ou une corporation, a le pouvoir de prendre ou d'utiliser des terres ou tout droit y afférent sans le consentement du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil et aux conditions qu'il est loisible à ce dernier de prescrire, être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent.

Si l'on fait du par. 35(1) une interprétation fondée sur le sens ordinaire des mots qui y sont utilisés, cette disposition importe les pouvoirs d'expropriation prévus par les lois ordinaires en la matière; il ne permet donc pas de prendre davantage que ce que permettent les lois en contexte non autochtone. Par conséquent, tant un fief qu'un droit inférieur peuvent être « pris ». Autrement dit, le par. 35(1) incorpore les limites prévues par les dispositions législatives provinciales quant à l'étendue du droit pouvant être acquis par l'organisme qui exproprie. Il va de soi qu'il est loisible au gouverneur en conseil d'assortir l'expropriation des conditions qu'il juge appropriées en sus des restrictions prévues par la loi.

129

130

131

132 In this case, the document that draws upon s. 35 to effect the taking of land previously in the reserve is the Order in Council of 1957. The language of the third paragraph closely mirrors that of s. 35(3). Its opening line indicates the Governor in Council, having given its consent to an act of expropriation by the Province, has chosen to grant outright the required tract of land:

THEREFORE, His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration, pursuant to the provisions of Section 35 of the Indian Act, is pleased hereby to consent to the taking of the said lands by the Province of British Columbia and to transfer the administration and control

Thus, the subsection with which we are concerned in this case is s. 35(3), as Mackenzie J. found at the Supreme Court of British Columbia, rather than s. 35(1).

133 Section 35(3) is an alternate route to the expropriation of reserve land. Where the body obtained the Governor in Council's consent to exercise a given power of expropriation under s. 35(1), it is open to the federal government to convey the land sought subject to any terms it seeks to impose. Consent to a proposed taking under s. 35(1) thus stands as a condition precedent to land's being transferred under s. 35(3).

134 There are a few, salient differences between s. 35(1) and (3) that merit mentioning. First, a taking under s. 35(1) is subject to all of the procedural limits that are contained in the expropriation legislation of general application but a transfer under s. 35(3) is not. That is, s. 35(2) ("procedure"), which declares that the general expropriation legislation governs all matters relating to the expropriation under s. 35(1), does not apply to s. 35(3). Also, the extent of the power to be exercised in a forced taking under s. 35(1) is subject at least to those substantive limits found in the expropriation legislation. Again, s. 35(3) operates somewhat differently. Once the government, having consented to a s. 35(1) expropriation, chooses to proceed under s. 35(3), it is free

En l'espèce, c'est le décret de 1957 qui se fonde sur l'art. 35 pour réaliser la prise des terres autrefois situées dans la réserve. Le libellé du troisième paragraphe reflète étroitement celui du par. 35(3). Le passage suivant du décret indique que, ayant consenti à une mesure d'expropriation par la province, le gouverneur en conseil a choisi d'octroyer entièrement la parcelle de terrain requise :

[TRADUCTION]

À CES CAUSES, il plaît à Son Excellence le gouverneur général en conseil, sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et conformément aux dispositions de l'article 35 de la Loi sur les Indiens, de consentir à la prise de ces terres par la province de la Colombie-Britannique et d'en céder la gestion et la maîtrise

En conséquence, ainsi qu'a conclu le juge Mackenzie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, c'est donc le par. 35(3) qui nous intéresse en l'espèce et non le par. 35(1).

Le paragraphe 35(3) est un autre moyen d'exproprier des terres de réserve. Lorsque l'organisme intéressé a obtenu le consentement du gouverneur en conseil pour exercer un pouvoir d'expropriation donné en vertu du par. 35(1), le gouvernement fédéral a la faculté de transférer les terres visées aux conditions qu'il juge bon d'imposer. Le consentement à la prise projetée en vertu du par. 35(1) est donc une condition préalable au transfert d'une terre sous le régime du par. 35(3).

Il existe, entre les par. 35(1) et (3), quelques différences importantes qui valent d'être mentionnées. Premièrement, une prise effectuée en vertu du par. 35(1) est assujettie à toutes les restrictions d'ordre procédural prévues par la loi d'expropriation d'application générale, alors qu'un transfert fondé sur le par. 35(3) ne l'est pas. Le paragraphe 35(2) (procédure), qui précise que toutes les questions relatives à une expropriation fondée sur le par. 35(1) sont régies par la loi d'application générale en matière d'expropriation, ne s'applique pas au par. 35(3). En outre, la portée du pouvoir exercé lors d'une prise forcée effectuée sous le régime du par. 35(1) est sujette à tout le moins aux restrictions d'ordre substantiel prévus par

to transfer full ownership. It is for the government to decide, governed by its fiduciary obligations, the appropriate limits to the amount of land and the nature of the interest in land that it is transferring.

Without detailing the content of the Crown's fiduciary obligation, which will vary with the facts, it is fair to assume that the legislation that would guide a s. 35(1) expropriation might inform the extent of the interest and the tract of land that the government ought to transfer in keeping with its fiduciary obligation. In this respect, I agree with my colleague Iacobucci J.'s views expressed under the heading "The Content of the Crown's Fiduciary Duty in the Context of Section 35", though in this case, I cannot agree that the Crown's fiduciary obligation regarding its adoption of the Order in Council included a duty to protect an Indian interest in expropriated land sufficient to preserve the Band's taxation jurisdiction. The Band had no taxation jurisdiction to preserve in 1957, when the Order in Council was adopted. (The power to tax real property came into effect with the passage of what became s. 83 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, which allowed a band a limited power to tax contingent on a declaration by the Governor in Council that the "band has reached an advanced stage of development". It was not until the 1988 amendment to s. 83 (S.C. 1988, c. 23, s. 10) that all bands were given the broad jurisdiction to tax as exercised by the Band.)

In this case, the statute that would have governed in a parallel, non-aboriginal context is the *Water Act*. Section 21(2) of this Act authorized the taking of only that land that is "reasonably required". This limit on what could be expropriated does not apply just to how much land can be taken, but also to the nature of the interest in land that can be had. This is made abundantly clear by s. 21(1), which states

la loi d'expropriation. Ici encore, le par. 35(3) fonctionne de façon quelque peu différente. Une fois que, après avoir consenti à une expropriation fondée sur le par. 35(1), le gouvernement choisit de procéder en vertu du par. 35(3), il lui est loisible de transférer la pleine propriété. Il lui appartient alors, conformément à ses obligations de fiduciaire, de décider de la superficie qu'il convient de transférer et de la nature du droit foncier qu'il transfère.

Sans préciser le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, qui varie en fonction des faits, on peut raisonnablement penser que la loi encadrant une expropriation effectuée en vertu du par. 35(1) aiderait à déterminer l'étendue du droit et de la parcelle de terre que le gouvernement devrait transférer eu égard à son obligation de fiduciaire. À ce sujet, je souscris au point de vue exprimé par mon collègue le juge Iacobucci, sous la rubrique « Le contenu de l'obligation fiduciaire de la Couronne dans le contexte de l'art. 35 », quoiqu'en l'espèce je ne saurais admettre que l'obligation de fiduciaire de la Couronne, relativement au décret, emportait celle de conserver en faveur des Indiens un droit suffisant sur les terres expropriées afin de préserver le pouvoir de taxation de la bande. La bande n'avait aucun pouvoir de taxation à préserver en 1957, lors de la prise du décret. (Le pouvoir de lever une taxe foncière n'existe que depuis l'édiction de la disposition devenue l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, aux termes de laquelle une bande pouvait disposer d'un pouvoir de taxation limité, si le gouverneur en conseil déclarait que « la bande a[vait] atteint un haut degré d'avancement ». Ce n'est qu'après la modification apportée à l'art. 83 en 1988 (L.C. 1988, ch. 23, art. 10) que toutes les bandes ont obtenu le large pouvoir de taxation qu'a exercé la bande concernée en l'espèce.)

Dans la présente affaire, la loi qui aurait été applicable, dans un contexte non autochtone analogue, est la *Water Act*. Le paragraphe 21(2) de cette loi n'autorise que la prise des terres qui sont « raisonnablement requises ». Cette limite touchant ce qui peut être exproprié s'applique non seulement à la superficie qui peut être prise, mais également à la nature du droit pouvant être acquis. Cette cons-

135

136

that: “In this [s. 21] and the following three sections ‘land’ includes any estate or interest in or easement over land”. Clearly, then, it is to be understood that s. 21 does not authorize taking a fee (simple or determinable) when a right of way over the surface will do. That said, it is equally plain that s. 21 does authorize the taking of a fee simple when that is reasonably required.

3. The Analogy Between Absolute Surrender and Expropriation

137 Given that s. 35 clearly authorizes the taking of a fee, what is the effect of such an expropriation on the Band’s interest in the lands taken? The effect of expropriation of a fee under s. 35 is analogous to the effect of absolute surrender. This Court has stated unequivocally that, when a band surrenders reserve land absolutely, its interest in the reserve ceases to exist.

138 In my opinion, nothing turns on the distinction between absolute surrender by consensual sale and a non-consensual expropriation of a fee simple insofar as we are concerned with the continuation of the Band’s reserve interest in the land. This conclusion follows closely the reasoning of this Court in past cases where it has indicated that the effect of expropriation can be to remove the reserve land from the reserve. In *Opetchesht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119, at para. 86, for example, McLachlin J. (as she then was), dissenting, stated:

The only other way Indian interests in reserve land can be permanently disposed of under the *Indian Act* is by expropriation. Where the greater public good so requires, interests in reserve land may be expropriated: s. 35.

139 Major J. for the majority in the same case, also observed that s. 35 has very much the same effect

tation ressort de façon très claire du par. 21(1), qui précise que, [TRADUCTION] « [d]ans le présent article et dans les trois suivants, le mot “terres” s’entend également des domaines, droits, intérêts ou servitudes relatifs à celles-ci ». De toute évidence, donc, il faut en déduire que l’art. 21 ne permet pas la prise d’un fief (simple ou résoluble) lorsqu’un droit de passage en surface suffit. Cela dit, il est également clair que l’art. 21 autorise la prise d’un fief simple lorsqu’une telle mesure est raisonnablement requise.

3. L’analogie entre la cession à titre absolu et l’expropriation

Étant donné que l’art. 35 autorise clairement la prise d’un fief, quel est l’effet d’une telle expropriation sur le droit de la bande sur les terres prises? L’effet de l’expropriation d’un fief effectuée en vertu de l’art. 35 est analogue à celui d’une cession à titre absolu. Notre Cour a déclaré sans équivoque que, lorsqu’une bande cède à titre absolu des terres de réserve, son droit sur ces terres cesse d’exister.

À mon avis, la distinction entre une cession à titre absolu par voie de vente consensuelle et l’expropriation forcée d’un fief simple n’est pas pertinente dans la mesure où la question qui nous occupe est celle du maintien du droit de la bande sur les terres de réserve visées. Cette conclusion respecte rigoureusement le raisonnement suivi par notre Cour dans des décisions antérieures, où elle a indiqué que l’expropriation pouvait avoir pour effet d’exclure de la réserve des terres en faisant partie. Dans l’arrêt *Bande indienne des Opetchesht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119, par. 86, par exemple, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente, a dit ceci :

L’expropriation est le seul mécanisme par lequel les droits des Indiens dans les terres des réserves peuvent faire l’objet d’une disposition permanente en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Lorsque l’intérêt supérieur du public l’exige, il peut y avoir expropriation de droits dans les terres des réserves : art. 35.

Dans cet arrêt, le juge Major, s’exprimant pour la majorité, a lui aussi noté que l’art. 35 a

on aboriginal interest in reserve lands as the absolute surrender provisions (at para. 42):

Section 38 provides that “any right or interest of the band and its members” in a reserve may be surrendered, obviously in reference to s. 37. The bundle of rights which may be surrendered is “any right or interest” in a reserve. Section 35, the expropriation power, specifies that the right to expropriate may similarly be exercised “in relation to lands in a reserve or any interest therein”. [Emphasis added.]

A similar understanding of the expropriation provision is found in *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554, at p. 577, where Estey J., for the Court, stated:

It is interesting to note that in s. 35 provision is made for the expropriation of the Indian interest by either level of government with the proceeds received therefrom being held by the Receiver General of Canada for the benefit of the Indians whose possessory title has been removed. [Emphasis added.]

According to the intervener the Attorney General of Canada, the fundamental difference between expropriation and surrender is that “a surrender requires the consent of the Indian band whose reserve land is being surrendered, while s. 35 has no statutory requirement for band consent to a disposition of the Indian interest in reserve lands” (factum, at para. 55). This distinction has led the appellant to conclude that surrender authorizes the removal of reserve status while expropriation does not.

I do not find this argument compelling. Given that Parliament has chosen to allow for the application of expropriation legislation to Indian reserves, it would simply be to undo this decision were the Band's consent required; expropriation, by definition, is the forced taking of land without the consent of the owner (or in this case the person for whose benefit the land is held). In the absence of some constitutional challenge to the terms of s. 35 of the *Indian Act* (and it bears emphasizing that no such challenge is made here), the absence of pro-

pratiquement le même effet sur les droits des Autochtones sur les terres des réserves que les dispositions portant sur les cessions à titre absolu (au par. 42) :

Aux termes de l'art. 38, « tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres » dans une réserve peut être abandonné, ce qui renvoie de toute évidence à l'art. 37. L'ensemble de droits qui peuvent être cédés est tout « droit ou intérêt » dans une réserve. L'article 35, qui établit le pouvoir d'expropriation, précise que le droit d'exproprier peut être exercé de façon analogue « relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent ». [Je souligne.]

On trouve une interprétation semblable de la disposition relative à l'expropriation dans l'arrêt *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554, p. 577, où le juge Estey, s'exprimant pour la Cour, a dit ce qui suit :

Il est à noter que l'art. 35 prévoit qu'en cas d'expropriation du droit des Indiens par l'un ou l'autre palier de gouvernement, le montant de l'indemnité accordée à cet égard sera détenu par le receveur général du Canada au profit des Indiens qui sont ainsi privés de leur droit à la possession. [Je souligne.]

Selon le procureur général du Canada intervenant, la différence fondamentale entre l'expropriation et la cession est que [TRADUCTION] « la cession requiert le consentement de la bande indienne dont des terres de réserve sont cédées, alors que, sous le régime de l'art. 35, la loi n'exige pas que la bande consente à la l'aliénation du droit des Indiens sur les terres de réserve visées » (mémoire, par. 55). Cette distinction a conduit l'appelante à conclure que la cession permet de retirer aux terres visées leur qualité de réserve, alors que l'expropriation ne le permet pas.

J'estime que cet argument n'est pas convaincant. Étant donné que le Parlement a choisi de permettre l'application aux réserves indiennes des lois relatives à l'expropriation, le fait d'exiger qu'on obtienne le consentement de la bande viendrait tout simplement annuler l'effet de cette décision; par définition, l'expropriation est la prise forcée d'un bien-fonds sans le consentement de son propriétaire (ou, en l'espèce, de la personne au profit de laquelle ce bien-fonds est détenu). En l'absence de contestation constitutionnelle du texte de l'art. 35 de la *Loi*

140

141

142

vision for the Band's consent to an expropriation does not speak to the effect of the expropriation on the Band's interest.

4. The Effect of Expropriation/Surrender

143

The effect of expropriation of a fee or of an absolute surrender is that the land so dealt with ceases to be within the reserve. As Lamer C.J. noted in *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657, at para. 28, the Kamloops Amendments (S.C. 1988, c. 23) were intended to ensure that "land surrendered for sale (or other means similar to sale) remain beyond the definition of reserve" (first emphasis in original; second emphasis added). In *Musqueam Indian Band v. Glass*, [2000] 2 S.C.R. 633, 2000 SCC 52, at para. 16, McLachlin C.J. (dissenting but not on this point) stated that: "Once reserve land is surrendered to the Crown, it loses all the characteristics of reserve land". I stated, for the majority, at para. 35: "A freehold value for the Musqueam lands must be hypothetical because there is no such thing as freehold title on a reserve". In other words, the very notion that land that might initially have been on the reserve is now held in fee (other than by the federal Crown for the use and benefit of the Band) is incompatible with the land's being "in the reserve".

144

It ought to be noted that the effect of an expropriation of a fee under s. 35(1) or 35(3) is not necessarily different because the fee, in traditional common law parlance, is "determinable". In the absence of a term or condition specifying a reversionary interest in favour of the Band, it could be, and was in this case, argued that the expropriation under s. 35 for a public purpose contains the implicit condition that it be returned where it ceases to serve a public purpose. On considering both the analogy between surrender and expropriation and

sur les Indiens (il est à souligner qu'aucune contestation de la sorte n'est présentée en l'espèce), l'absence de disposition exigeant le consentement de la bande en cas d'expropriation ne révèle rien quant à l'effet de l'expropriation sur le droit de la bande sur les terres expropriées.

4. L'effet de l'expropriation ou de la cession

Par suite de l'expropriation d'un fief ou d'une cession à titre absolu, les terres visées cessent de faire partie de la réserve. Comme l'a souligné le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657, par. 28, les modifications de Kamloops (L.C. 1988, ch. 23) avaient pour but d'assurer que « les terres cédées pour être vendues (ou à des fins similaires à la vente) continuent d'être exclues de la définition de réserve » (premier soulignement dans l'original, deuxième soulignement ajouté). Dans l'arrêt *Bande indienne de Musqueam c. Glass*, [2000] 2 R.C.S. 633, 2000 CSC 52, par. 16, le juge en chef McLachlin (dissidente, mais pas sur ce point) a dit qu'« [u]ne fois cédé à la Couronne, un tel terrain perd toutes les caractéristiques que lui conférait le fait d'être situé dans une réserve ». Au nom des juges majoritaires, j'ai moi aussi fait observer, au par. 35, que « [l]a valeur en tant que propriété franche des terrains de Musqueam ne peut être qu'une valeur hypothétique, puisque le titre franc n'existe pas dans une réserve ». Autrement dit, l'idée même qu'une terre qui a pu à l'origine être dans la réserve soit maintenant détenue en fief (autrement que par la Couronne fédérale pour l'usage et pour le profit de la bande) est incompatible avec l'idée que la terre soit située « dans la réserve ».

Il convient de souligner que l'effet de l'expropriation d'un fief sous le régime du par. 35(1) ou 35(3) n'est pas nécessairement différent parce que ce fief serait, selon l'expression traditionnelle de la common law, « résoluble ». En l'absence de condition établissant un intérêt réversif en faveur de la bande, on pourrait prétendre — ce qu'on a d'ailleurs fait en l'espèce — qu'une expropriation effectuée en vertu de l'art. 35 pour cause d'utilité publique comporte implicitement la condition que l'intérêt soit remis

the general law of expropriation, I reject this argument.

In *St. Mary's Indian Band, supra*, the surrender of land for an airport specified as a condition that the land be returned when it is no longer being used for a public purpose. The Court refused to acknowledge that such a condition belied the absolute nature of the surrender, at pp. 669-70:

I do not find that the “cease[d] to be used for public purposes” stipulation frustrates this conclusion. In other words, I am not persuaded by the appellants’ position that the mere fact that the band included a rider in its surrender necessarily means that the surrender was other than absolute. “Absolute” and “conditional” are not mutually exclusive terms — either conceptually or under the scheme of the *Indian Act*. Indeed a key element of both the 1952 and 1988 versions of the *Indian Act* is that they expressly provide that a surrender can be both absolute and conditional. Section 38(2) of the 1952 *Indian Act* provided:

38. . . .

(2) A surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional.

Section 38(1) of the 1985 *Indian Act* similarly states:

38. (1) A band may absolutely surrender to Her Majesty, conditionally or unconditionally, all of the rights and interests of the band and its members in all or part of a reserve.

Not only does this show that my interpretation of the airport lands surrender has been long contemplated in the *Indian Act*, but it also suggests, with respect, that Spencer J. was wrong to resort to a dictionary in order to distinguish between an absolute and a qualified surrender. For Spencer J. to have concluded that an absolute surrender is one without limits is to deny the *Indian Act* reality that there can be conditions to an absolute surrender. [Emphasis added.]

à la bande lorsqu’il cesse d’être requis pour la fin en question. Compte tenu de l’analogie entre la cession et l’expropriation, ainsi que du droit général en matière d’expropriation, je rejette cet argument.

Dans l’affaire *Bande indienne de St. Mary’s*, précitée, l’acte portant cession des terres pour les besoins d’un aéroport était assorti de la condition expresse que les terres retournent à la bande lorsqu’elles cesseraient d’être utilisées à des fins d’utilité publique. La Cour a refusé de reconnaître qu’une telle condition était incompatible avec le caractère absolu de la cession, aux p. 669-670 :

À mon sens, la stipulation prévoyant le cas où les terres « cessent d’être utilisées à des fins d’utilité publique » ne fait pas échec à cette conclusion. En d’autres mots, la thèse des appelants ne me convainc pas que la simple adjonction par la bande de cette stipulation dans l’acte de cession veut forcément dire que la cession n’était pas absolue. Les mots « absolu » et « conditionnel » ne sont pas incompatibles, ni sur le plan des concepts ni sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. En effet, un élément clé des versions de 1952 et de 1988 de la *Loi sur les Indiens* est qu’elles disposent expressément qu’une cession peut être à la fois absolue et assortie de conditions. Le paragraphe 38(2) de la *Loi sur les Indiens* de 1952 était ainsi rédigé :

38. . . .

(2) Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition.

De même, le par. 38(1) de la *Loi sur les Indiens* de 1985 dispose :

38. (1) Une bande peut céder à titre absolu à Sa Majesté, avec ou sans conditions, tous ses droits, et ceux de ses membres, portant sur tout ou partie d’une réserve.

Ces dispositions montrent non seulement que mon interprétation de la cession des terrains aéroportuaires est depuis longtemps envisagée dans la *Loi sur les Indiens*, mais aussi, en toute déférence, que le juge Spencer a eu tort de recourir à un dictionnaire pour établir une distinction entre une cession absolue et une cession restreinte. En concluant qu’une cession absolue est une cession qui ne comporte aucune restriction, le juge Spencer nie la réalité exprimée dans la *Loi sur les Indiens*, savoir qu’une cession à titre absolu peut être assortie de conditions. [Je souligne.]

146 Thus in *St. Mary's Indian Band* the Court found that the explicit inclusion of a "rider", namely that the land would revert on its no longer being used for public purposes, did not make the surrender less than absolute. The way in which the expropriation of a fee operates similarly to extinguish reserve interest encourages an analogous conclusion in the context of expropriation of a fee determinable. Given in this case that there are not any explicit conditions attached to the expropriation and that there is at best an implicit condition grounded in the possible impermanence of the public purpose motivating the expropriation, there is even less reason here to find that a reserve interest survives the expropriation.

147 In rejecting the "public purpose" limitation to a s. 35 expropriation, I think it is worth mentioning that it would be entirely alien to the general law of expropriation to interpret the taking of a fee as inherently determinable on account of the possibility of its initial purpose being exhausted. The intervener Squamish Indian Band appears to base its finding of such an implied condition on practical considerations. It argues that it would be unjust and wasteful were an expropriating body able to take land for a certain purpose, which land it then abandons on the completion of the purpose. That technological and social advances might render public works obsolete has been recognized by this Court before. For example in *Opetchesaht Indian Band*, *supra*, at para. 27, Major J. noted that:

While all are speculative, there is the possibility that the generating station at Sproat Falls might be abandoned, that demographic changes in the area might affect the location, size and requirement of the transmission poles. More remote is the possibility of electricity being replaced by another energy source. It is obvious that technology has affected the way we live in ways that were earlier unimaginable. The example of the Canadian experience with the railways is apposite. Even 50 years ago, this country's railroads appeared to be a permanent fact of Canadian travel and transportation. Today, we

Ainsi, dans l'arrêt *Bande indienne de St. Mary's*, notre Cour a jugé que l'inclusion explicite d'une « stipulation » précisant que les terres retourneraient à la bande si elles cessaient d'être utilisées à des fins d'utilité publique n'avait pas fait de la cession une cession autre qu'à titre absolu. Le fait que l'expropriation d'un fief a également pour effet d'éteindre le droit de la bande sur les terres de réserve visées incite à tirer la même conclusion dans le contexte de l'expropriation d'un fief résoluble. Comme, en l'espèce, l'expropriation n'est assortie d'aucune condition explicite et qu'il existe tout au plus une condition implicite fondée sur la possible impermanence de la fin d'utilité publique ayant motivé l'expropriation, il y a encore moins de raisons en l'occurrence de conclure qu'un droit sur les terres de réserve visées a survécu à l'expropriation.

En rejetant l'idée qu'une expropriation effectuée en vertu de l'art. 35 soit assortie d'une réserve la subordonnant au maintien de la « fin d'utilité publique », il convient à mon avis de souligner qu'il serait totalement contraire au droit général de l'expropriation de considérer que la prise d'un fief est intrinsèquement résoluble compte tenu de la possibilité que sa raison d'être cesse d'exister. La bande indienne de Squamish intervenante semble conclure à l'existence d'une pareille condition implicite en se basant sur des considérations d'ordre pratique. Elle soutient qu'il serait injuste et inutile que l'organisme qui exproprie puisse prendre des terres pour une fin donnée puis l'abandonner une fois cette fin réalisée. Notre Cour a déjà reconnu que les progrès technologiques et sociaux peuvent entraîner l'obsolescence d'ouvrages publics. Par exemple, dans l'arrêt *Bande indienne des Opetchesaht*, précité, par. 27, le juge Major a noté :

Même si ce sont toutes des situations hypothétiques, mentionnons que la centrale électrique de Sproat Falls pourrait être abandonnée, que des changements démographiques pourraient survenir dans la région et entraîner la modification de l'emplacement, de la taille et de la nécessité des pylônes. Autre possibilité, plus vague encore, l'électricité pourrait être remplacée par une autre source d'énergie. Il est évident que les progrès technologiques ont changé la façon dont nous vivons, et ce d'une manière qui était inimaginable dans le passé. L'exemple du chemin de fer au Canada est tout particulièrement

have seen many railway lines abandoned in favour of airlines and highways.

While this is all very true, it in no way follows that the land is wasted after its initial term of public use is up. It is open to the government to use the land for a different public purpose or for it to set aside the land once again for the use and benefit of the band from which it was taken. It is quite clear, however, that the *Indian Act*, as it stands now, does not impose an obligation to return the land or to take it only subject to a reversionary interest for the benefit of the band. Whether the Governor in Council is under a fiduciary obligation to set a condition of return as a term of its expropriation under s. 35 is simply not before the Court here.

The general law of expropriation is itself entirely a creature of statute: see *Rugby Joint Water Board v. Shaw-Fox*, [1973] A.C. 202 (H.L.), and E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2nd ed. 1992), at p. 27. In Todd's book at p. 29, he notes that "a power of expropriation conferred for a particular purpose ceases to exist upon the completion of that purpose". This in no way lends support to the notion that a reversionary interest ought to accompany every expropriation for a public purpose where the public work is not guaranteed to last in perpetuity. Rather it means simply that the government's ability to first exercise a power to expropriate is coterminous with the need for the land for the public purpose. In other words, as a matter of common sense, if the purpose is exhausted before the power is exercised, then it really is too late to invoke the power to expropriate for that purpose. On the other hand, once the power to expropriate is exercised and the land taken, the completion of the initial purpose is irrelevant.

à-propos. Il y a 50 ans à peine, le transport ferroviaire au Canada paraissait être un mode de déplacement et de transport appelé à rester de façon permanente. Aujourd'hui, on constate que bon nombre de lignes de chemin de fer sont abandonnées au profit de l'avion et l'automobile.

Bien que tout cela soit rigoureusement exact, il ne s'ensuit aucunement que le bien-fonds a perdu toute utilité une fois terminée son affectation initiale à une fin d'utilité publique. Il est loisible au gouvernement de l'utiliser à une autre fin d'utilité publique ou de le mettre à nouveau de côté à l'usage et au profit de la bande à qui il a été pris. Cependant, il est évident que, dans l'état actuel des choses, la *Loi sur les Indiens* n'impose pas l'obligation de restituer les terres visées à la bande, ou de les prendre uniquement sous réserve d'un intérêt réversif en faveur de celle-ci. Pour ce qui est de savoir si le gouverneur en conseil a l'obligation de fiduciaire d'assortir l'expropriation qu'il fait sous l'autorité de l'art. 35 d'une condition de réversion, cette question n'a tout simplement pas été soumise à notre Cour en l'espèce.

Le droit général en matière d'expropriation est lui-même une création purement législative : voir *Rugby Joint Water Board c. Shaw-Fox*, [1973] A.C. 202 (H.L.), et E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2^e éd. 1992), p. 27. À la page 29 de son ouvrage, M. Todd souligne qu'[TRADUCTION] « un pouvoir d'expropriation conféré pour une fin particulière cesse d'exister une fois cette fin réalisée ». Cette affirmation ne vient aucunement corroborer la thèse voulant qu'un intérêt réversif doive assortir chaque expropriation pour cause d'utilité publique lorsqu'il n'est pas certain que l'ouvrage public durera perpétuellement. Cela signifie simplement que la faculté du gouvernement d'exercer initialement le pouvoir d'exproprier des terres doit coïncider dans le temps avec le besoin qu'a le gouvernement de celles-ci pour cause d'utilité publique. En d'autres mots, le sens commun veut que, si la fin visée cesse d'exister avant que le pouvoir ait été exercé, il soit alors vraiment trop tard pour invoquer le pouvoir d'exproprier à cette fin. Par contre, une fois que le pouvoir d'exproprier a été exercé et que les terres ont été prises, le fait que la fin initiale ait été complétée importe peu.

148

149

150 It would be foreign to the law of expropriation to introduce a condition of perpetual use that is external to the legislation. Where the statute itself does not contain such a limitation, it is enough for the land to be taken absolutely if, at the time of the taking, the public body requires the land absolutely for its legitimate purpose. In the absence of further circumscription of the ordinary law of expropriation in its application to Indians, there are no legal consequences flowing from the completion of a work's original purpose.

5. Support for This Interpretation of Section 35

151 Interpreting s. 35 as authorizing the removal of land from the reserve is consistent with the purpose of the provision, as reflected in the following parliamentary debate:

Now, the basis for this section [now s. 35] is in the old Act and it continues the authority of the parliament of Canada, a provincial legislature, a municipal or legal authority or corporation, which by its authority has power to expropriate land. It may continue to have that right subject to the consent of the Governor in Council, subject to such terms as may be prescribed. This is a continuation of the previous discussion [relating to s. 28(2)] on the temporary use of land on the reserve. This is permanent expropriation of land on the reserve for public utilities and matters of that kind.

As I say the conference did not object to it. They understood that Indian reserve lands should be subject to the same form of expropriation that other lands in Canada have by the body having that purpose. [Emphasis added.]

(*Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 3, of the Special Committee appointed to consider Bill No. 79, *An Act Respecting Indians*, April 18, 1951, at p. 92).

152 Practical considerations also support the conclusion that an expropriation of a freehold interest extinguishes the interest in the reserve. A major project like an irrigation canal, railway track, highway or airline landing strip generally requires outside investment. Were an aboriginal interest in land that is expropriated for such a purpose to continue to burden the land even after a taking of a fee, it would

Il serait étranger au droit de l'expropriation d'incorporer une condition d'usage à perpétuité que ne prévoit pas la loi. Lorsque la loi elle-même ne comporte aucune restriction de ce genre, il suffit, pour que les terres soient prises à titre absolu, qu'au moment de la prise l'organisme public le requière à titre absolu pour la fin légitime qu'il vise. En l'absence d'autres restrictions découlant du droit ordinaire en matière d'expropriation dans son application aux Indiens, aucune conséquence juridique ne résulte du fait que la fin initiale que visait un ouvrage public a été complétée.

5. Arguments à l'appui de cette interprétation de l'art. 35

Considérer que l'art. 35 permet d'exclure des terres de la réserve est une interprétation compatible avec l'objet de cette disposition, comme en témoigne le débat parlementaire qui suit :

[TRADUCTION] Cet article se fonde sur l'ancienne loi et reconnaît au Parlement du Canada, aux législatures provinciales, aux autorités municipales ou civiles, ou aux corporations, le pouvoir d'exproprier des terres. Ces organismes jouissent du même droit, subordonné au consentement du gouverneur en conseil et aux termes prescrits. Il s'agit donc d'une continuation de la discussion précédente [touchant le par. 28(2)] relative à l'usage temporaire des terres d'une réserve. Le présent article traite de l'exploitation permanente de terres pour fins d'utilité publique et autres semblables.

On ne s'y est pas opposé à la conférence. Les délégués ont compris que les terres des réserves indiennes doivent être soumises à la même forme d'expropriation, par un organisme compétent, que toutes les autres terres au Canada. [Je souligne.]

(*Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 3, du Comité spécial institué pour étudier le Bill n° 79, *Loi concernant les Indiens*, 18 avril 1951, p. 31).

Des considérations d'ordre pratique étayent également la conclusion que l'expropriation d'un intérêt franc éteint le droit sur les terres de réserve visées. Un ouvrage d'envergure comme un canal d'irrigation, une voie de chemin de fer, une autoroute ou une piste d'atterrissage requiert habituellement des sources de financement privées. Si un droit autochtone continuait, même après la prise d'un fief, de

be difficult or impossible to grant potential investors security interest in the land.

Given that expropriation of full ownership under s. 35 of the *Indian Act* has the effect I conclude it does, the appellant's argument that s. 35 does not remove land from the reserve disintegrates. At best, it could be suggested that, given the necessary result of a taking of full ownership, the Governor in Council ought to withhold his or her consent, which s. 35 requires where a full expropriation, itself contemplated by the section, is proposed. This would be a perverse and untenable position. In my view, without getting into the content of fiduciary obligation, it cannot be found that consent must never be given to the very thing for which a statute requires it.

The *Indian Act* requires Crown consent for surrender of land for sale or lease as well as for expropriation. In *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at para. 35, and in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 383, the Court noted that the purpose of requiring Crown consent was not to substitute the Crown's decision for the band's decision but rather to prevent exploitation in the bargaining process. Thus as Dickson J. (as he then was) noted in *Guerin*: "The purpose of this surrender requirement is clearly to interpose the Crown between the Indians and prospective purchasers or lessees of their land, so as to prevent the Indians from being exploited."

Once the analogy between surrender for sale and expropriation of fee simple is made, the role of the consent of the Crown to an expropriation becomes similarly clear. The Crown's consent pertains to the very fact of an expropriation in a particular case as well as to those elements of the expropriation that are subject of negotiation

grever les terres expropriées pour une telle fin, il serait difficile, voire impossible d'accorder à des investisseurs potentiels une garantie sur ces terres.

Compte tenu de ma conclusion quant à l'effet d'une expropriation de la pleine propriété effectuée en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, l'argument de l'appelante voulant que cette disposition n'ait pas pour effet d'exclure les terres expropriées de la réserve ne tient plus. Tout au plus pourrait-on prétendre que, vu le résultat inévitable d'une prise en pleine propriété, le gouverneur en conseil devrait refuser son consentement, qui est par ailleurs requis par l'art. 35 lorsqu'une expropriation complète — situation elle-même envisagée par cet article — est projetée. Une telle position serait fallacieuse et intenable. À mon avis, sans se lancer dans l'analyse du contenu de l'obligation de fiduciaire, on ne saurait conclure que le gouverneur en conseil ne doit jamais consentir à la mesure même à l'égard de laquelle la loi requiert son consentement.

La *Loi sur les Indiens* exige le consentement de la Couronne en cas de cession de terres aux fins de vente ou de location ainsi qu'en cas d'expropriation. Dans les arrêts *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, par. 35, et *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 383, notre Cour a souligné que cette exigence n'a pas pour objet de substituer la décision de la Couronne à celle des bandes visées, mais plutôt d'empêcher que ces dernières ne se fassent exploiter pendant le processus de négociation. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Guerin* : « Cette exigence d'une cession vise manifestement à interposer Sa Majesté entre les Indiens et tout acheteur ou locataire éventuel de leurs terres, de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter. »

Une fois établie l'analogie entre la cession aux fins de vente et l'expropriation d'un fief simple, le rôle du consentement de la Couronne en matière d'expropriation devient évident. Ce consentement tient au fait même de l'expropriation dans une situation donnée ainsi qu'aux éléments de l'expropriation qui sont l'objet de négociations

153

154

155

and with respect to which there is the possibility of exploitation, such as the rights taken in the expropriated land, the conditions attached to the taking of the land as well as the quantum of compensation.

et à l'égard desquels il y a risque d'exploitation, tels les droits qui sont pris dans les terres expropriées, les conditions assortissant la prise des terres et le montant de l'indemnité versée.

156 In this case, there is no attack on the adequacy of the compensation offered or on the amount of the land taken. Indeed, the attack is not even directed at the fact that the government sought to expropriate land in this case (although the interpretation of the Order with respect to the extent of the interest granted is squarely at issue).

En l'espèce, ni la justesse de l'indemnité ni la superficie des terres prises ne sont contestées. De fait, la contestation ne porte même pas sur le fait que le gouvernement entendait exproprier des terres en l'espèce (quoique l'interprétation du décret relativement à l'étendue du droit accordé soit directement en litige).

157 Once it is ascertained that s. 35 of the *Indian Act* allows the expropriation of a fee, the possibility of the removal of land from a reserve by expropriation can only be impeached by attacking the constitutionality of s. 35 of the *Indian Act*, or suggesting that somehow a particular instance of government consent, or indeed all consent to the expropriation of full ownership, is a breach of the Crown's fiduciary obligation. Of course it must be kept in mind that the parties have neither attacked the constitutionality of s. 35 of the *Indian Act*, nor claimed breach of fiduciary obligation.

Une fois qu'il est établi que l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* permet l'expropriation d'un fief, on ne peut contester la possibilité d'exclure des terres d'une réserve par voie d'expropriation qu'en attaquant la constitutionnalité de l'art. 35 ou en plaidant que, d'une manière ou d'une autre, le consentement donné par le gouvernement dans une affaire particulière — ou même dans tous les cas — d'expropriation de la pleine propriété constitue un manquement à l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Or, il convient de rappeler que les parties n'ont ni contesté la constitutionnalité de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, ni plaidé aucun manquement à l'obligation de fiduciaire.

6. Distinction Between Aboriginal Interest in Reserve Land and Aboriginal Title

6. Distinction entre le droit des Autochtones sur les terres des réserves et le titre aborigène

158 For greater clarity, I emphasize that I have not considered the operation of s. 35 of the *Indian Act* where there is the added complication of aboriginal title or treaty rights in the reserve land. It is perhaps useful at this point to distinguish clearly aboriginal title from aboriginal interest in reserve land. In so doing, I hope also to clarify that common law principles of extinguishment do not bear on understanding how it is that aboriginal interest in a reserve comes to an end.

Par souci de clarté, je tiens à souligner que je n'ai pas examiné l'effet de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* lorsque la situation se complique du fait que les terres de réserve visées sont également l'objet d'un titre aborigène ou de droits issus de traités. Il serait peut-être utile, à ce stade-ci, de distinguer clairement le titre aborigène du droit des Autochtones sur les terres des réserves. Ce faisant, je tiens également à préciser que les principes de la common law en matière d'extinction ne sont pas pertinents pour comprendre comment prend fin le droit des Autochtones sur les terres d'une réserve.

159 The appellant argued that, as a matter of law, aboriginal title subsists in a reserve created under the *Indian Act*. This is clearly incorrect. This Court in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R.

L'appelante a plaidé que, en droit, le titre aborigène subsiste à l'égard d'une réserve créée sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. Cet argument est clairement erroné. Dans l'arrêt *Delgamuukw*

1010, at para. 143, set out the test for aboriginal title:

In order to make out a claim for aboriginal title, the aboriginal group asserting title must satisfy the following criteria: (i) the land must have been occupied prior to sovereignty, (ii) if present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation, and (iii) at sovereignty, that occupation must have been exclusive.

A band's connection to the land that forms its reserve will not necessarily meet this test. For example, a reserve may consist of lands quite apart from the band's ancestral territory with respect to which there was no exclusive occupancy prior to sovereignty.

The appellant also reasoned that aboriginal interest in the reserve is itself a distinct aboriginal right that is essentially the same as aboriginal title (and thus subject to the same principles for extinguishment). The error in the appellant's conclusion apparently arises from the following comment in Dickson J.'s reasons in *Guerin, supra*, at p. 379:

It does not matter, in my opinion, that the present case is concerned with the interest of an Indian Band in a reserve rather than with unrecognized aboriginal title in traditional tribal lands. The Indian interest in the land is the same in both cases. . . .

In *Guerin*, the issue before the Court was whether s. 18 of the *Indian Act* put the Crown in the position of a trustee of the reserve lands. Dickson J. for the majority concluded that the Crown stood only as a fiduciary to the Musqueam Indian Band with respect to the surrender of reserve lands that were also subject to aboriginal title. Section 18 of the *Indian Act* confirmed the fiduciary obligation already borne by the Crown in relation to lands subject to aboriginal title, but did not create a different property interest. The quotation above simply emphasizes that the fact that lands to which aboriginal title attaches are also reserve lands protected by the *Indian Act* does not

c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 143, notre Cour a énoncé le critère applicable pour statuer sur l'existence d'un titre aborigène :

Pour établir le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique ce titre doit satisfaire aux exigences suivantes : (i) il doit avoir occupé le territoire avant l'affirmation de la souveraineté; (ii) si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation avant l'affirmation de la souveraineté, il doit exister une continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté; (iii) au moment de l'affirmation de la souveraineté, cette occupation doit avoir été exclusive.

La relation d'une bande avec le territoire qui constitue sa réserve ne satisfait pas nécessairement à ce critère. À titre d'exemple, la réserve d'une bande peut être formée de terres entièrement distinctes du territoire ancestral de celle-ci et qui n'étaient pas occupées de façon exclusive avant l'affirmation de la souveraineté.

L'appelante a également soutenu que le droit des Autochtones sur les terres des réserves est lui-même un droit ancestral particulier, essentiellement identique au titre aborigène (et donc assujéti aux mêmes principes en matière d'extinction). Cette conclusion erronée de l'appelante découle apparemment des commentaires suivants du juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, précité, p. 379 :

À mon avis, il est sans importance que la présente espèce concerne le droit d'une bande indienne sur une réserve plutôt qu'un titre aborigène non reconnu sur des terres tribales traditionnelles. Le droit des Indiens sur les terres est le même dans les deux cas . . .

Dans l'affaire *Guerin*, la question soumise à notre Cour était de savoir si l'art. 18 de la *Loi sur les Indiens* faisait de la Couronne le fiduciaire des terres de la réserve. Le juge Dickson, s'exprimant pour la majorité, a conclu que la Couronne jouait le rôle de fiduciaire de la bande indienne de Musqueam, mais seulement à l'égard de la cession des terres de la réserve qui étaient également assujétiées à un titre aborigène. L'article 18 de la *Loi sur les Indiens* a confirmé l'obligation de fiduciaire déjà assumée par la Couronne relativement aux terres assujétiées à un titre aborigène, mais il n'a pas créé un droit de propriété différent. Le passage

160

161

change the aboriginal interest in the land insofar as the right to protection by the Crown as fiduciary is at issue.

précité rappelle simplement que le fait que des terres visées par un titre aborigène sont également des terres de réserve protégées par la *Loi sur les Indiens* ne modifie pas le droit des Autochtones sur ces terres dans la mesure où est concerné le droit à la protection de la Couronne en sa qualité de fiduciaire.

162 In noting that the interest in reserve lands is the same as that in unrecognized aboriginal title in traditional lands, Dickson J. cites *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401 (P.C.), at p. 410. There, Lord Duff indicated that the equivalent of today's *Indian Act* existed to make "better provision for preventing encroachments upon the lands appropriated to the use of Indian tribes". He concluded that this language "does not point to an intention of enlarging or in any way altering the quality of the interest conferred upon the Indians by the instrument of appropriation or other source of title". In other words, where aboriginal title subsisted in lands that are then appropriated to the use of a band as reserve lands, the aboriginal interest in these lands is no different than that found in traditional lands in which there is an unrecognized aboriginal title — at least for the purposes of understanding the existence and the content of a fiduciary obligation.

Lorsqu'il souligne que le droit sur les terres de réserve est le même que celui découlant d'un titre aborigène non reconnu sur des terres traditionnelles, le juge Dickson invoque l'arrêt *Attorney-General for Quebec c. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401 (C.P.), p. 410. Dans cet arrêt, lord Duff a indiqué que le texte en cause, l'équivalent de l'actuelle *Loi sur les Indiens*, existait afin de [TRADUCTION] « prévenir les atteintes aux terres acquises aux fins d'usage par les tribus indiennes ». Il a conclu que ces termes « ne dénotaient pas une intention d'élargir ou de modifier de quelque façon que ce soit la qualité du droit conféré aux Indiens par l'acte d'appropriation ou toute autre source de ce droit ». En d'autres termes, lorsque des terres toujours visées par un titre aborigène sont acquises pour l'usage d'une bande comme terres de réserve, le droit des Autochtones sur ces terres ne diffère pas de celui qui s'attache aux terres traditionnelles visées par un titre aborigène non reconnu — du moins pour ce qui est de comprendre les conditions d'existence et le contenu de l'obligation de fiduciaire.

163 I agree with Dickson J. on this point and further would venture to find that an interest in reserve lands to which no aboriginal title attaches and an interest in non-reserve lands to which aboriginal title does attach are the same with respect to the generation of a fiduciary obligation on the part of the Crown. The content of the fiduciary obligation, of course, depends on the factual context: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1119.

Je souscris à l'opinion du juge Dickson sur ce point et je conclurais même que le droit sur des terres de réserve non visées par un titre aborigène et le droit sur des terres situées hors de la réserve mais visées par un titre aborigène sont identiques en ce qu'ils créent pour la Couronne une obligation de fiduciaire. Le contenu de l'obligation de fiduciaire dépend bien sûr du contexte factuel : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1119.

164 In sum, this quotation from *Guerin* does not speak to identity of aboriginal title and an interest in reserve land with respect to the origin and termination of the respective interests. Dickson J. was merely comparing reserve lands subject to aboriginal title with non-reserve lands subject to aboriginal

En somme, cet extrait de l'arrêt *Guerin* ne traite pas de l'identité du titre aborigène et du droit sur les terres de réserve du point de vue de la naissance et de la cessation de chacun ces droits. Le juge Dickson ne faisait que comparer les terres de réserve visées par un titre aborigène et les terres situées hors

title, in context of understanding the existence of the Crown's fiduciary obligation in both cases.

In that there are rights created by the *Indian Act* in reserve lands, and in that these rights are held by aboriginal people, an interest in a reserve is literally an aboriginal right. However, the category of aboriginal right to which aboriginal title belongs and to which the appellant wishes to add an aboriginal interest in reserve lands has a special constitutional status — affirmation and recognition under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* — which motivates the high level of protection.

This Court has defined “aboriginal rights” broadly, from activities with limited connection to the land on which the activity is performed on one end (see *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101) to interests in land that form aboriginal title on the other (see *Delgamuukw*, *supra*). The rights that are protected under s. 35(1) share a common characteristic that relates to its purpose. This purpose was articulated in *Van der Peet*, *supra*, at paras. 30-31:

In my view, the doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries. It is this fact, and this fact above all others, which separates aboriginal peoples from all other minority groups in Canadian society and which mandates their special legal, and now constitutional, status.

More specifically, what 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

de la réserve également visées par un tel titre, afin de comprendre les conditions d'existence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne dans les deux cas.

Dans la mesure où la *Loi sur les Indiens* crée des droits à l'égard des terres des réserves et où ces droits sont détenus par des Autochtones, le droit sur les terres de la réserve est littéralement un droit autochtone. Cependant, la catégorie de droits autochtones (c'est-à-dire les « droits ancestraux ») à laquelle appartient le titre aborigène et à laquelle l'appelante désire ajouter le droit des Autochtones sur les terres des réserves, possède une valeur constitutionnelle spéciale — confirmée et reconnue par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* — qui justifie le degré élevé de protection accordée à ces droits.

Notre Cour a défini de façon large les « droits ancestraux », ceux-ci allant d'activités n'ayant qu'un lien limité avec le territoire où elles sont exercées (voir *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101), aux droits fonciers formant le titre aborigène (voir l'arrêt *Delgamuukw*, précité). Les droits protégés par le par. 35(1) partagent une caractéristique qui est liée à l'objet de cette disposition. Cet objet a été énoncé en ces termes dans l'arrêt *Van der Peet*, précité, par. 30 et 31 :

À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple : quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique — et maintenant constitutionnel — particulier.

Plus précisément, le 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

165

166

of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown. [First emphasis in original; second emphasis added.]

sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté. [Premier soulignement dans l'original; deuxième soulignement ajouté.]

167 Thus the shared characteristic of aboriginal rights, be they activities or interests in land, that are protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* is the connection such rights have to an aboriginal society that preceded sovereignty. In *Delgamuukw*, at para. 151, the Court affirmed that a crucial part of the test for aboriginal rights continues to be that the interest is of “a central significance to their distinctive culture”.

Ainsi, les droits ancestraux protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'il s'agisse d'activités ou de droits fonciers, ont comme caractéristique commune leur rapport avec une société autochtone qui existait avant l'affirmation de la souveraineté. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, par. 151, notre Cour a affirmé qu'un aspect fondamental du critère de détermination de l'existence des droits ancestraux demeurerait l'exigence que le droit en cause ait « pour [l]a culture distinctive [de cette société] une importance fondamentale ».

168 Aboriginal interest in reserve land is entirely created by modern legislation. Where the interest is not such that aboriginal title or rights as described above can be made out, I do not see how it could be said that the interest is connected to the distinct aboriginal society that preceded sovereignty.

Le droit des Autochtones sur les terres des réserves est entièrement une création législative moderne. Lorsqu'un tel droit ne peut être assimilé à un titre aborigène ou autre droit ancestral décrit précédemment, je ne vois pas comment on pourrait affirmer qu'il est lié à une société autochtone distincte qui existait avant l'affirmation de la souveraineté.

169 In sum, aboriginal interest in reserve land is entirely distinct and independent from aboriginal title. Furthermore, it does not fall into the same category of “aboriginal right”, subject to the same legal principles, as aboriginal title and the other aboriginal rights referred to above; in other words, a bare interest in reserve land which is not also the object of aboriginal title, treaty rights or such other aboriginal rights cannot be considered to be an “aboriginal right” that is protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Bref, le droit des Autochtones sur les terres des réserves est un droit tout à fait distinct et indépendant du titre aborigène. Qui plus est, il n'appartient pas à la même catégorie de « droits autochtones » (les « droits ancestraux ») et n'est pas assujettis aux mêmes principes juridiques que le titre aborigène ou les autres droits ancestraux susmentionnés; en d'autres mots, un simple droit sur des terres de réserve qui ne sont pas aussi visées par un titre aborigène, par des droits issus de traités ou par d'autres droits ancestraux ne saurait être considéré comme un « droit ancestral » protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

170 Given that aboriginal interest in reserve land is not the same as or strictly speaking analogous to aboriginal title, the principles that inform the way in which it can be extinguished are also different. More specifically, it is the *Indian Act* that creates and also delineates the extent and the nature of the interest in reserve land.

Étant donné que le droit des Autochtones sur les terres des réserves n'est ni identique ni même, à vrai dire, analogue au titre aborigène, les principes régissant son extinction sont également différents. Plus précisément, c'est la *Loi sur les Indiens* qui crée et délimite l'étendue et la nature de ce droit.

171 In the context of aboriginal title, it is clear that holding a fee simple prevents occupancy and

Dans le contexte du titre aborigène, il est clair que l'existence d'un fief simple fait obstacle à

destroys the relationship of the band with the land such that aboriginal title is extinguished. As Lamer C.J. put it in *Delgamuukw*, *supra*, at paras. 128-29:

. . . lands subject to aboriginal title cannot be put to such uses as may be irreconcilable with the nature of the occupation of that land and the relationship that the particular group has had with the land which together have given rise to aboriginal title in the first place. . . .

It is for this reason also that lands held by virtue of aboriginal title may not be alienated. Alienation would bring to an end the entitlement of the aboriginal people to occupy the land and would terminate their relationship with it. . . .

Legislation that purports to allow for the infringement of aboriginal title must pass the test set out in *Sparrow*, *supra*. Federal legislation passed before 1982 that sought to extinguish entirely an aboriginal right like aboriginal title must evince a clear and plain intention to do so: *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 34; *Sparrow*, at p. 1099. In *Van der Peet*, *supra*, at para. 28, the Court noted that: “Subsequent to s. 35(1) aboriginal rights cannot be extinguished and can only be regulated or infringed consistent with the justificatory test laid out by this Court in *Sparrow*”.

I note that some Federal Court judgments have attempted to apply the “clear and plain intention” rule to reserve land. Décary J.A. in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (F.C.A.), stated at para. 27:

Where a compulsory taking of part of a reserve is at issue, the Court must satisfy itself that the intention of the Crown to extinguish the Indian interest in the portion taken was “clear and plain” (see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 at 1099 . . .).

The approach was adopted in the Federal Court (Trial Division) judgment for *BC Tel v. Seabird Island Indian Band*, [2000] 4 F.C. 350, at para. 19 (*per* Muldoon J.).

l’occupation des terres et annihile le rapport que la bande concernée entretient avec celles-ci, de sorte que le titre aborigène est éteint. Comme l’a dit le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Delgamuukw*, précité, par. 128 et 129 :

. . . les terres visées par un titre aborigène ne peuvent pas, selon moi, être utilisées à des fins incompatibles avec la nature de l’occupation de ces terres et avec le rapport que le groupe concerné entretient avec celles-ci, facteurs qui, ensemble, ont donné naissance au titre aborigène . . .

C’est également pour cette raison que les terres détenues en vertu d’un titre aborigène sont inaliénables. L’aliénation des terres en question éteindrait le droit des autochtones de les occuper et mettrait fin au rapport qu’ils entretiennent avec celles-ci. . .

Une loi censée permettre la violation d’un titre aborigène doit satisfaire au critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow*, précité. Dans le cas des lois fédérales édictées avant 1982 qui visaient à éteindre complètement un droit ancestral tel un titre aborigène, cette intention doit ressortir de façon claire et nette de la loi en question : *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 34; *Sparrow*, p. 1099. Dans l’arrêt *Van der Peet*, précité, par. 28, la Cour a fait l’observation suivante : « À la suite de l’adoption du par. 35(1), les droits ancestraux ne peuvent pas être éteints et ils ne peuvent être réglementés ou violés qu’en conformité avec le critère de justification énoncé par notre Cour dans *Sparrow* ».

Je tiens à souligner que certains jugements de la Cour fédérale ont tenté d’appliquer la règle de « l’intention claire et nette » à des terres de réserve. Dans *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Bande indienne de Matsqui*, [1998] A.C.F. n° 983 (QL) (C.A.), le juge Décary a dit ceci, au par. 27 :

Lorsque la prise de possession obligatoire d’une partie d’une réserve est en cause, la Cour doit être convaincue que l’intention de la Couronne d’éteindre le titre indien dans la parcelle prise est « claire et expresse » (voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, page 1099 . . .).

Cette approche a été adoptée par la Section de première instance de la Cour fédérale, dans *BC Tel c. Bande indienne de Seabird Island*, [2000] 4 C.F. 350, par. 19 (le juge Muldoon).

172

173

174 With respect, I do not agree that this principle, derived from an understanding of aboriginal title, can be applied to aboriginal interest in reserve land, which is a statutory creature the existence of which is not premised on a relationship with the land. Aboriginal interest in reserve land is created under the *Indian Act*, which specifies, in the expropriation and the surrender provisions, how land loses its reserve status.

B. *Issue #2: Does the Order in Council in Fact Authorize the Taking of a Full Ownership?*

175 Effect ought to be given to the plain and ordinary meaning of the document. At issue is essentially whether the Order in Council authorized the taking of an easement or, as the respondents submit, a full proprietary interest such that the land is no longer “reserve land” within the *Indian Act*. The point of contention is the meaning of the phrase “right-of-way” as it is used in the “Description”. The appellant takes it to refer to the extent of the interest in the land, and the respondents, to describe a physical area of land that is taken in fee simple. In my view, a reading of the whole of the Order in Council supports the respondents’ position.

176 The Order in Council is in two parts. The first two paragraphs, the recitals, state simply that an application has been made for a tract of land and that the quantum of compensation has been agreed on and has been paid:

WHEREAS the Minister of Agriculture for the Province of British Columbia has applied for the lands hereinafter described, being a portion of Osoyoos Indian Reserve number one, in the said Province for irrigation canal purposes;

AND WHEREAS the sum of \$7,700 has been received from the Province of British Columbia in full payment for the land required in accordance with a valuation approved by the Band Council of the Osoyoos Band of Indians on the 30th of March, 1955 and officials of the Indian Affairs Branch;

En toute déférence, je n’admets pas que ce principe, qui découle d’une certaine conception du titre aborigène, puisse être appliqué au droit des Autochtones sur les terres des réserves, droit qui est une création d’origine législative et dont l’existence n’est pas fondée sur un rapport avec le territoire. Le droit des Autochtones sur les terres de réserve est créé sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, qui précise, dans ses dispositions relatives à l’expropriation et à la cession, les circonstances dans lesquelles une terre perd sa qualité de terre de réserve.

B. *Question no 2 : Le décret autorise-t-il de fait la prise de la pleine propriété?*

Il convient de donner effet au sens ordinaire du document. Essentiellement, il s’agit de déterminer si le décret a autorisé la prise d’une servitude ou, comme le soutiennent les intimées, d’un intérêt propriétaire complet, de telle sorte que le bien-fonds visé ne constitue plus une « terre dans une réserve » visée par la *Loi sur les Indiens*. Le point litigieux concerne le sens du terme « droit de passage » utilisé dans la « Description ». L’appelante prétend que ce terme désigne l’étendue du droit sur les terres, alors que les intimées soutiennent qu’il décrit une parcelle physique prise en fief simple. À mon avis, la lecture du décret dans son ensemble étaye la thèse des intimées.

Le décret comporte deux parties. Les deux premiers paragraphes — le préambule — énoncent simplement qu’une demande visant une parcelle de terrain a été présentée et que le montant de l’indemnité a été décidé et payé :

[TRADUCTION]

ATTENDU que le ministre de l’Agriculture de la province de la Colombie-Britannique a demandé, pour les besoins d’un canal d’irrigation, les terres décrites ci-après, qui constituent une portion de la réserve indienne numéro un de la bande indienne d’Osoyoos, dans ladite province;

ET ATTENDU que la somme de 7 700 \$ a été reçue de la province de la Colombie-Britannique à titre de paiement complet des terres demandées, conformément à l’évaluation approuvée par le conseil de la bande indienne d’Osoyoos le 30 mars 1955 et par les fonctionnaires de la Division des Affaires indiennes;

In the identification of the legal interest in the first part, the document states that “the lands hereinafter described” are “a portion of Osoyoos Indian Reserve number one”. This clearly indicates that what was transferred was “a portion of the reserve”, not merely an easement.

The third paragraph of the first part contains the critical authorization:

THEREFORE, His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration, pursuant to the provisions of Section 35 of the Indian Act, is pleased hereby to consent to the taking of the said lands by the Province of British Columbia and to transfer the administration and control thereof to Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia:

This paragraph contains the whole of what it is the Order in Council purports to do. The language of this paragraph confirms that the Crown is authorizing the transfer of full ownership. However, the use of the word “taking” and the phrase “transfer the administration and control thereof” calls for comment.

I discussed above in context of s. 35 of the *Indian Act* the meaning of the word “take”. Had the Crown here meant to use the word “taking” to mean that something less than a fee simple was authorized, one would expect that language more suited to such a lesser interest would have been adopted, such as the “right to use the lands”. This sort of language is present in, for example, the Crown grant of the easement at issue in *Opetchesaht Indian Band*, *supra*, which stated, at para. 8: “. . . doth hereby grant the Permittee, its successors and assigns, the right to construct, operate and maintain an electric power transmission line on the said lands being in the Klehkoot Indian Reserve number two. . .” (emphasis added).

The language “transfer the administration and control” is typically used instead of a conveyance of title between the federal and provincial Crowns. Professor G. V. La Forest in his text *Natural*

Dans la désignation de l'intérêt en common law dans la première partie, il est déclaré que « les terres décrites ci-après » constituent « une portion de la réserve indienne numéro un de la bande indienne d'Osoyoos ». Cette désignation indique clairement que ce qui a été transféré, c'est une « une portion de la réserve », et non pas simplement une servitude.

Le troisième paragraphe de la première partie contient l'autorisation déterminante :

[TRADUCTION]

À CES CAUSES, il plaît à Son Excellence le gouverneur général en conseil, sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et conformément aux dispositions de l'article 35 de la Loi sur les Indiens, de consentir à la prise de ces terres par la province de la Colombie-Britannique et d'en céder la gestion et la maîtrise à Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique :

Ce paragraphe énonce tout ce que le décret est censé accomplir. Le texte de ce paragraphe confirme que la Couronne autorise le transfert de la pleine propriété. Cependant, l'emploi du mot « prise » et de l'expression « céder la gestion et la maîtrise » appelle quelques commentaires.

J'ai examiné plus tôt, dans le contexte de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, le sens du mot « prise ». En l'espèce, si la Couronne avait voulu utiliser le mot « prise » pour indiquer qu'on n'autorisait que la prise d'un droit inférieur au fief simple, on aurait pu s'attendre à un libellé plus approprié pour décrire un tel droit inférieur, par exemple les mots le « droit d'utiliser les terres ». À titre d'exemple, on trouve une formule de ce genre dans l'acte de concession par la Couronne de la servitude en cause dans l'affaire *Bande indienne des Opetchesaht*, précitée, par. 8, qui disait : « . . . accorde au titulaire et à ses ayants droit le droit de construire, d'exploiter et d'entretenir une ligne de transmission d'énergie électrique sur les terres visées de la réserve indienne numéro deux de Klehkoot . . . » (je souligne).

Les termes « céder la gestion et la maîtrise » sont généralement utilisés pour tenir lieu de transport de titre entre les Couronnes fédérale et provinciale. Dans son ouvrage *Natural Resources and Public*

177

178

179

180

181

Resources and Public Property under the Canadian Constitution (1969), at pp. 18-19, explained the theoretical underpinning for the use of such language:

Still the special nature of public ownership must steadily be kept in mind. It is a power of the provincial (or Dominion) authorities to administer and control for the provincial (or Dominion) benefit property vested in the Queen. Consequently when it is desired to transfer public property from a province to the Dominion, or the contrary, the appropriate means of doing so is not by an ordinary conveyance but by an order in council; it is not a conveyance of property but the transfer of the administration of the Queen's property from one government to another. [Citations omitted.]

This passage supports the conclusion that a transfer of administration of land between the Dominion and provincial governments is the equivalent of the conveyance of title.

182 The first part of the Order in Council unequivocally authorizes the taking of a fee in the lands on which the irrigation canal was built. However, the second part at first read raises the spectre of ambiguity in the use of the phrase "right-of-way". By way of preface to my discussion of the meaning of "right-of-way" in the second part of the Order in Council, I urge that the second part of the Order in Council be understood to do what it purports to do, namely to describe which physical tract of land is the subject of the transfer.

183 The Description reads as follows:

The whole of those rights-of-way, in Osoyoos Indian Reserve number one, in the province of British Columbia, said rights-of-way containing together by admeasurement fifty-six acres and nine hundredths of an acre, more or less, as said rights-of-way are shown bordered red on a plan of record number Irr twenty-one hundred and thirty-four in the Indian Affairs survey records at Ottawa; saving and excepting thereout and therefrom all that portion lying within a right-of-way for a road, as the last aforesaid right of way is shown bordered red on a plan of record number Rd thirty-six hundred and eighty in said records, a copy of which is deposited in the Land Registry Office for the district of Kamloops at Kamloops under number A thirteen hundred and seventy-seven; also saving and excepting thereout and therefrom all roads reserved by the Province of British Columbia

Property under the Canadian Constitution (1969), p. 18 et 19, le professeur G. V. La Forest a expliqué le fondement théorique de cette formule :

[TRADUCTION] Cependant, il faut constamment garder à l'esprit la nature spéciale des biens publics. Les autorités provinciales (ou fédérales) disposent du pouvoir de gestion et de maîtrise, au nom de la province (ou du gouvernement fédéral), à l'égard des biens dont la propriété est dévolue à la Couronne. En conséquence, lorsqu'on souhaite transférer un bien public d'une province au gouvernement fédéral (ou vice versa), le moyen approprié n'est pas un acte translatif de propriété ordinaire mais plutôt un décret; en effet, il ne s'agit pas d'un transport de propriété mais du transfert de la gestion d'un bien de Sa Majesté, d'un gouvernement à un autre. [Références omises.]

Ce passage étaye la conclusion que le transfert de la gestion d'un bien-fonds entre le gouvernement fédéral et un gouvernement provincial équivaut à un transport de titre.

La première partie du décret autorise clairement la prise d'un fief visant les terres sur lesquelles le canal d'irrigation a été construit. Toutefois, la seconde partie fait naître de prime abord le spectre de l'ambiguïté en raison de l'emploi de l'expression « droit de passage ». En guise de préambule à mon analyse du sens de cette expression dans la seconde partie du décret, je propose de donner à cette partie le sens qui est propre à permettre la réalisation de son objet, c'est-à-dire décrire la parcelle physique visée par le transfert.

La Description est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] L'ensemble des droits de passage, dans la réserve numéro un de la bande indienne d'Osoyoos, dans la province de la Colombie-Britannique, lesdits droits de passage s'étendant sur une superficie d'environ cinquante-six acres et neuf centièmes, tels qu'ils sont représentés, lisérés de rouge, sur le plan enregistré numéro Irr deux mille cent trente-quatre des registres d'arpentage des Affaires indiennes à Ottawa; à l'exception toutefois de toute la portion située à l'intérieur des limites du droit de passage servant à une route, ce droit de passage étant représenté, liséré de rouge, sur le plan enregistré sous le numéro Rd trois mille six cent quatre-vingt de ces registres, dont une copie est déposée au bureau d'enregistrement des droits immobiliers du district de Kamloops à Kamloops, sous le numéro A mille trois cent soixante-dix-sept; à l'ex-

by provincial order-in-council number one thousand and thirty-six, also subject to a prior Grant of Easement for a Power Transmission Line granted to West Kootenay Power and Light Company Ltd. by Order-in-Council P.C. 143 dated January 25, 1937, for a term of thirty years, this right-of-way containing by admeasurement 22 acres and two-tenths of an acre, more or less, and is shown on a plan of survey by R.P. Brown, B.C.L.S. dated November 16, 1936 and which is of record in the Indian Affairs Branch as Plan No. M. 2691.

Reserving thereout and therefrom all mines and minerals and the right to work the same.

The use of the phrase “rights-of-way” can be understood as unambiguously referring to the strip of land on which the canal is situated. The same issue arose in *Seabird Island Indian Band*, *supra*. That case involved a taking under s. 35 of a highway by the Province of British Columbia, and the Order in Council there uses the same words, essentially, as here. In addressing the use of the term “right of way”, the Court of Appeal stated, at para. 26:

In addition, the expression of the term “right of way” is meant merely to point to the corridor rather than to describe the nature of any legal interest transferred; *CP*, *supra*, at paragraph 46 (pages 667-668) and *Canadian Pacific Ltd.*, *supra*, at paragraph 22 (pages 351-352). This is so despite the fact that the term “right of way” is used once in the order to describe the nature of a legal interest in land. The context for this use of the term was to describe the easement granted to the British Columbia Electric Company Limited and is irrelevant to the term’s definition when the term is used in the context of the corridor lands; (Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994, at pages 163-168). The term “right of way” does not, therefore, give rise to any ambiguity.

In the Description, the phrase “right-of-way” is used consistently as a descriptor of a physical area of land rather than as a reference to the nature of the interest involved. Where “right-of-way” is used the last time, appositionally to Grant of Easement, the surrounding language clearly indicates that it is

ception également de toutes les routes réservées par la province de la Colombie-Britannique, au moyen du décret provincial numéro mille trente-six, et aussi sous réserve d’une servitude existante relative à une ligne de haute tension, octroyée à West Kootenay Power and Light Company Ltd., au moyen du décret C.P. 143, daté du 25 janvier 1937, pour une période de trente ans, ce droit de passage ayant une superficie d’environ 22 acres et deux dixièmes, et est représenté sur un plan d’arpentage préparé par R.P. Brown, B.C.L.S., en date du 16 novembre 1936 et inscrit au registre de la Division des Affaires indiennes sous le numéro de plan M. 2691.

Le tout sous réserve des mines et des minéraux et du droit de les exploiter.

Il est possible de considérer que le terme « droits de passage » renvoie clairement à la parcelle de terrain sur laquelle le canal est situé. La même question s’est soulevée dans l’arrêt *Bande indienne de Seabird Island*, précité. Cette affaire portait sur la prise d’une autoroute faite en vertu de l’art. 35 par la province de la Colombie-Britannique, et le décret concerné employait sensiblement les mêmes mots qu’en l’espèce. Relativement à l’emploi du terme « droit de passage », la Cour d’appel fédérale a dit ceci, au par. 26 :

En outre, la présence de l’expression « droit de passage » ne vise qu’à indiquer le corridor plutôt qu’à décrire la nature de quelque droit cédé; *CP*, précité, au paragraphe 46 (pages 667 et 668), et *Canadien Pacifique Ltée*, précité, au paragraphe 22 (pages 351 et 352). Il en est ainsi malgré le fait que l’expression « droit de passage » soit utilisée une fois dans le décret pour décrire la nature d’un droit dans les terres. Cette expression a été utilisée dans le contexte de la description de la servitude octroyée à British Columbia Electric Company Limited, et cette utilisation n’est pas pertinente quant à la définition de cette expression lorsque celle-ci est utilisée dans le contexte des terres du corridor; (Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto : Butterworths, 1994, aux pages 163 à 168). L’expression « droit de passage » ne donne donc pas lieu à une ambiguïté.

Dans la Description, le terme « droit de passage » est systématiquement utilisé pour décrire physiquement la parcelle de terrain, et non pour indiquer la nature du droit en cause. La dernière fois que le terme « droit de passage » est utilisé, en apposition au mot servitude, les mots qui l’entourent

describing the actual tract of land to which the legal interest, described as a Grant of Easement, correlates.

186

The following language that accompanies the use of “right-of-way” as a descriptor of an area of land supports this conclusion:

- In lines 8-9 of the Description, the following participle phrase modifies “rights-of-way” in line 1 (the critical reference to the canal): “saving and excepting thereout and therefrom all that portion . . .”. Obviously, logic suggests that a subtraction of a portion is done from another such a portion. This indicates that the rights-of-way in line 1 is also a tract of land. The same language of subtraction is used in line 15.
- In line 9 reference is made to “all that portion lying within a right-of-way for a road”. The use of the preposition “within” rather than “subject to” combined with the fact that it is an area of land, a “portion” that is located therein, strongly suggests that “right-of-way for a road” is a description of a strip of land.
- The phrase “right-of-way” as used to describe roads and the canal — permanent surface structures both — does not describe the interest in the land.
- The words “containing together by admeasurement” in lines 3-4 refer to the strips of land on which the canal is situated. The words “containing by admeasurement” in line 22 refer likewise to the area of the land that is burdened by the Grant of Easement. The fact that the “rights-of-way” here are capable of being physically measured and can be spoken of as containing a certain number of acres strongly leads to the conclusion that physical tracts of land, rather than the nature of the interest, are being described.

187

The last sentence of the Order in Council, which refers to the reservation of mines and

indiquent clairement que ce terme décrit la parcelle de terrain même à laquelle correspond l’intérêt en common law désigné comme étant une servitude.

Les mots suivants, qui accompagnent le terme « droit de passage » pour décrire la parcelle de terrain, étayent cette conclusion :

- À la ligne 9 de la Description, la réserve suivante modifie le terme « droits de passage » utilisé aux lignes 1 et 2 (la référence cruciale au canal) : « à l’exception toutefois de toute la portion ». La logique suggère qu’on soustrait une portion de quelque chose d’une autre portion de quelque chose de même nature. Cela indique que les droits de passage mentionnés aux lignes 1 et 2 s’entendent également au sens d’une parcelle de terrain. La même réserve figure aux lignes 16 et 17.
- Aux lignes 9 et 10, on fait état de « toute la portion située à l’intérieur des limites du droit de passage servant à une route ». L’emploi de l’expression « à l’intérieur des limites » plutôt que « visée par », conjugué au fait qu’il s’agit d’un terrain, d’une « portion » de ce terrain, suggère fortement que le « droit de passage servant à une route » décrit une bande de terrain.
- Le terme « droit de passage », tel qu’il est employé pour décrire les routes et le canal — dans les deux cas des structures permanentes en surface —, ne décrit pas la nature du droit sur les terres.
- Les mots « s’étendant sur une superficie » aux lignes 4 et 5 renvoient aux bandes de terrain sur lesquelles est situé le canal. Les mots « ayant une superficie » à la ligne 24 renvoient eux aussi à la parcelle de terrain grevée par la servitude. En l’espèce, le fait que les « droits de passage » dont il est question ici peuvent être physiquement mesurés et qu’on puisse dire d’eux qu’ils comportent un certain nombre d’acres amène sérieusement à conclure qu’on décrit des bandes de terrain plutôt que la nature du droit.

La dernière phrase du décret, qui fait état de la réserve des mines et minéraux, vient renforcer cette

minerals, further supports this conclusion. A reservation of mines and minerals would only be meaningful where a transfer of title is contemplated. There would be no reason to so reserve where there is a mere right of way or statutory easement. This reservation is additional evidence that the Order in Council effected the transfer of the equivalent of a fee. In sum, it is clear that, as the phrase “rights-of-way” is used in line 1 to refer to the canal, it is used as a reference to an area of land.

I conclude that, through the adoption of the Order in Council by the federal government, Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia obtained full ownership over the lands on which the irrigation canal is situated. I think that this conclusion, derived from a plain reading of the terms of the Order in Council, is supported by consideration of what would be reasonably and practically required for the construction and maintenance of an irrigation canal. I would note, briefly, that the canal is lined with concrete and fully dominates the tract of land on which it is located to the exclusion of all other uses. A canal is like a highway or railway in this regard as opposed to a pipeline that is constructed underground or a utility line that for the most part takes up only air space. A taking of full ownership for canal purposes is clearly reasonable.

V. Conclusion

I would answer the first stated question — Are lands, taken pursuant to s. 35 of the *Indian Act*, “land or interests in land” in a reserve of a Band within the meaning of s. 83(1)(a) of the *Indian Act* such that those lands are assessable and taxable pursuant to Band Assessment By-laws and taxable pursuant to Band Taxation By-laws — in the negative, where full ownership is expropriated.

I would answer the second stated question — If s. 35 of the *Indian Act* authorizes the removal of lands from reserve status, does federal Order in Council 1957-577, by which the Lands were transferred, remove the Lands from reserve status so that

conclusion. La réserve des mines et minéraux n’a de sens que dans la mesure où l’on envisage un transfert de titre. Il n’y a aucune raison d’inclure une telle réserve si le transfert vise un simple droit de passage ou une simple servitude légale. Cette réserve constitue une preuve supplémentaire que le décret a eu pour effet de transférer l’équivalent d’un fief. En somme, il est clair que, comme le terme « droits de passage » est utilisé pour désigner le canal à la ligne 1, il vise une parcelle de terrain.

Je conclus que, par suite de la prise du décret par le gouvernement fédéral, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique a obtenu la pleine propriété des terres sur lesquelles est situé le canal d’irrigation. J’estime que cette conclusion, qui découle d’une simple lecture du décret, est confirmée par la prise en compte de ce qui est raisonnablement et pratiquement requis pour la construction et l’entretien d’un canal d’irrigation. Je ferais remarquer, brièvement, que le canal est fait de béton et domine entièrement la parcelle de terrain sur laquelle il est situé, à l’exclusion de tout autre usage. À cet égard, un canal est comme une autoroute ou un chemin de fer, plutôt que comme un pipeline qui est construit sous terre ou une ligne de transport d’énergie ou de transmission qui occupe principalement de l’espace aérien. Il est clairement raisonnable de prendre des terres en pleine propriété pour les besoins d’un canal.

V. Conclusion

Est-ce que les terres prises en vertu de l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens* sont des « immeubles [ou] des droits sur ceux-ci » situés dans la réserve d’une bande au sens de l’al. 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* et sont, de ce fait, évaluables et imposables en vertu du règlement d’évaluation foncière de la bande et imposables en vertu de son règlement en matière de taxation? Je répondrais par la négative à cette question, dans les cas où la pleine propriété est expropriée.

Si l’article 35 de la *Loi sur les Indiens* permet de retirer à des terres leur qualité de terres de réserve, est-ce que le décret fédéral 1957-577, en vertu duquel les terres ont été transférées, a eu cet effet sur les terres en cause, de sorte qu’elles ne sont

188

189

190

they are not assessable and taxable by the Osoyoos Indian Band? — in the affirmative.

pas évaluables et imposables par la bande indienne d'Osoyoos? Je répondrais par l'affirmative à cette question.

191 I would dismiss the appeal.

Je rejetterais le pourvoi.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, MAJOR and BASTARACHE JJ. dissenting.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, MAJOR et BASTARACHE sont dissidents.

Solicitors for the appellant: Mandell Pinder, Vancouver.

Procureurs de l'appelante : Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Town of Oliver: Lidstone, Young, Anderson, Vancouver.

Procureurs de l'intimée la ville d'Oliver : Lidstone, Young, Anderson, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia: The Ministry of Attorney General, Victoria.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du Chef de la Province de la Colombie-Britannique : Le ministère du Procureur général, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Squamish Indian Band: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Bande indienne de Squamish : Ratcliff & Company, North 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



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 2001 Vol. 3

5^e cahier, 2001 Vol. 3

Cited as [2001] 3 S.C.R. 823-1012

Renvoi [2001] 3 R.C.S. 823-1012

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 adjoint

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef

CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef

ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
ROSALIE TO-THANH-HIEN
LOUISE SAVARD

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition

PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis 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

Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)	951
Bankruptcy and insolvency — Courts — Jurisdiction — Quebec Superior Court — U.S. creditor bringing maritime law action against Belgian ship in Federal Court — Belgian shipowner subsequently adjudged bankrupt in Belgium — Federal Court action proceeding to default judgment — Superior Court making orders purporting to dispose of ship and proceeds of sale — Whether Superior Court had jurisdiction to pronounce orders intended to neutralize effects of Federal Court judgments.	
Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)	907
Courts — Jurisdiction — Federal Court of Canada — Maritime law — Stay of proceedings — U.S. creditor bringing maritime law action against Belgian ship in Federal Court — Belgian shipowner subsequently adjudged bankrupt in Belgium — Quebec Superior Court making orders purporting to dispose of ship and proceeds of sale — Whether Federal Court erred in exercise of its discretion to deny trustees' application for stay of proceedings — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 50.	
Prévost-Masson v. General Trust of Canada	882
Civil liability — Professional liability — Chartered accountant — Whether constituent elements of civil liability established — Whether creditor must exhaust remedies against debtors before bringing action in professional liability.	
Civil law — Obligations — Obligations in solidum — Sum of money owed by two different debtors as debt for contractual liability and as balance of selling price — Whether obligations must be regarded as in solidum.	
Privacy Act (Can.) (Re)	905
Privacy — Disclosure of personal information — Revenue Canada (Customs) disclosing information to Canada Employment Insurance Commission pursuant to memorandum of understanding for data capture and release of customs information on travellers — Program aimed at identifying those receiving employment insurance benefits while out of Canada — Disclosure of information authorized by Privacy Act and Customs Act — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8 — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Suppl.), s. 108(1).	
Customs and Excise — Disclosure of information — Revenue Canada (Customs) disclosing information to Canada Employment Insurance Commission pursuant to memorandum of understanding for data capture and release of customs information on travellers — Program aimed at identifying those receiving employment insurance benefits while out of Canada — Disclosure of information authorized by Privacy Act and Customs Act — Privacy Act, R.S.C.	

Continued on next page

SOMMAIRE

Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)	951
Faillite et insolvabilité — Tribunaux — Compétence — Cour supérieure du Québec — Créancier américain intentant en Cour fédérale une action fondée sur le droit maritime contre un navire belge — Faillite du propriétaire belge survenue par la suite en Belgique — Action en Cour fédérale donnant lieu à un jugement par défaut — Cour supérieure délivrant des ordonnances censées statuer sur le sort du navire et le produit de la vente — La Cour supérieure du Québec avait-elle compétence pour délivrer des ordonnances visant à stériliser les effets des jugements rendus par la Cour fédérale?	
Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)	907
Tribunaux — Compétence — Cour fédérale du Canada — Droit maritime — Suspension des procédures — Créancier américain intentant en Cour fédérale une action fondée sur le droit maritime contre un navire belge — Faillite du propriétaire belge survenue par la suite en Belgique — Cour supérieure du Québec délivrant des ordonnances censées statuer sur le sort du navire et le produit de la vente — La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser la demande de suspension des procédures présentée par les syndicats? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 50.	
Loi sur la protection des renseignements personnels (Can.) (Re)	905
Protection des renseignements personnels — Communication de renseignements personnels — Communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la Commission de l'assurance-emploi du Canada aux termes d'un protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs — Programme ayant pour but d'identifier les prestataires d'assurance-emploi qui n'ont pas signalé leur absence du Canada — Communication de renseignements autorisée par la Loi sur la protection des renseignements personnels et la Loi sur les douanes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2 ^e suppl.), art. 108(1).	
Douanes et accise — Communication de renseignements — Communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la Commission de l'assurance-emploi du Canada aux termes d'un protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs — Programme ayant pour but d'identifier les prestataires d'assurance-emploi qui n'ont pas signalé leur absence du Canada — Communication de renseignements autorisée par la Loi sur la protection des renseignements personnels	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

1985, c. P-21, s. 8 — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 108(1).

Employment insurance — Disentitlement — Persons outside Canada — Revenue Canada (Customs) disclosing information to Canada Employment Insurance Commission pursuant to memorandum of understanding for data capture and release of customs information on travellers — Program aimed at identifying those receiving employment insurance benefits while out of Canada — Disclosure of information authorized by Privacy Act and Customs Act — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8 — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 108(1).

R. v. Khan823

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Error of law — Miscarriage of justice — Curative proviso — Whether trial judge erred in refusing to order mistrial where jury was provided with transcripts containing submissions made in absence of jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1).

Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.978

Bankruptcy and insolvency — Courts — Jurisdiction — Trustee presenting petition to Quebec Superior Court sitting in bankruptcy seeking to “recuperate” assets held by company with office in British Columbia — Company bringing motion to transfer petition to British Columbia — Whether Superior Court lacked subject matter jurisdiction over petition — Whether Superior Court erred in exercising discretion against making transfer order — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-1, s. 187(7).

Smith v. Canada (Attorney General)902

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Claimant receiving unemployment insurance benefits while holidaying outside Canada — Claimant filling out Customs Declaration Form on return to Canada — Information contained on form disclosed to Canada Unemployment Insurance Commission — Commission ordering repayment of benefits received by claimant while outside Canada — Provision of information by Revenue Canada (Customs) to Commission not infringing claimant’s right to be secure against unreasonable search or seizure — No reasonable expectation of privacy in relation to information disclosed to Commission — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 108(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Unemployment insurance legislation disentitling unemployment insurance claimants from receiving benefits while outside Canada — Legislation not infringing claimants’

SOMMAIRE (Suite)

et la Loi sur les douanes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 108(1).

Assurance-emploi — Inadmissibilité — Prestataires à l’étranger — Communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la Commission de l’assurance-emploi du Canada aux termes d’un protocole d’entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs — Programme ayant pour but d’identifier les prestataires d’assurance-emploi qui n’ont pas signalé leur absence du Canada — Communication de renseignements autorisée par la Loi sur la protection des renseignements personnels et la Loi sur les douanes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 108(1).

Prévost-Masson c. Trust Général du Canada882

Responsabilité civile — Responsabilité professionnelle — Comptable agréé — Les éléments constitutifs de la responsabilité civile ont-ils été établis? — Le créancier doit-il épuiser ses recours contre les débiteurs avant d’intenter son recours en responsabilité professionnelle?

Droit civil — Obligations — Obligations in solidum — Somme d’argent due comme créance en responsabilité contractuelle et comme solde de prix de vente par deux débiteurs différents — Les obligations doivent-elles être considérées in solidum?

R. c. Khan823

Droit criminel — Appels — Pouvoirs d’une cour d’appel — Erreur de droit — Erreur judiciaire — Disposition réparatrice — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant d’annuler le procès alors que le jury avait reçu une transcription contenant des arguments présentés en l’absence du jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1).

Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.978

Faillite et insolvabilité — Tribunaux — Compétence — Présentation à la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite d’une requête du syndic visant à « recouvrer » des biens retenus par une société ayant un bureau en Colombie-Britannique — Présentation par la société d’une requête sollicitant le renvoi en Colombie-Britannique de la requête en recouvrement de biens — La Cour supérieure était-elle incompétente *ratione materiae* pour entendre la requête en recouvrement de biens? — La Cour supérieure a-t-elle commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour refuser de renvoyer l’affaire? — Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-1, art. 187(7).

CONTENTS (Concluded)

mobility rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1) — Unemployment Insurance Act, R.S.C. 1985, c. U-1, s. 32(b).

SOMMAIRE (Fin)

Smith c. Canada (Procureur général)902

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Prestataire d'assurance-chômage n'ayant pas signalé son absence du Canada — Prestataire remplissant un formulaire de déclaration de douane à son retour au Canada — Renseignements inscrits sur le formulaire communiqués à la Commission d'assurance-chômage du Canada — Commission ordonnant le remboursement des prestations touchées pendant le séjour à l'étranger — Disposition prévoyant la communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la Commission ne portant pas atteinte au droit du prestataire à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Absence d'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée en ce qui concerne les renseignements communiqués à la Commission — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 108(1b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Disposition en matière d'assurance-chômage rendant les prestataires d'assurance-chômage inadmissibles au bénéfice des prestations pendant qu'ils sont à l'étranger — Disposition ne portant pas atteinte à la liberté de circulation et d'établissement des prestataires — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1) — Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. 1985, ch. U-1, art. 32b).

Mohamed Ameerulla Khan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KHAN

Neutral citation: 2001 SCC 86.

File No.: 27395.

2000: December 12; 2001: December 7.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Error of law — Miscarriage of justice — Curative proviso — Whether trial judge erred in refusing to order mistrial where jury was provided with transcripts containing submissions made in absence of jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1).

After a trial before a judge and jury, the accused was convicted of the first degree murder of his wife. During the course of its deliberations, the jury requested transcripts of the pathologist's testimony. Approximately six and a half hours after the transcripts were delivered to the jury, defence counsel discovered that the copy of the transcript given to the jury inadvertently contained the record of matters discussed in the absence of the jury during a *voir dire*. As such matters should have been expunged, defence counsel moved for a mistrial on the basis that the proceedings had become tainted and the trial was unfair. The defence argued that the jury had learned that the accused had made comments that were ruled inadmissible. In the defence's view, the jury would speculate as to those comments and would draw an adverse inference against the accused. The trial judge denied the request for a mistrial. The offending transcripts were retrieved and the jury was provided with clean copies. The trial judge cautioned the jury that they were to rely solely on the evidence that was put before them. Once the jury returned a guilty verdict of first degree murder, the trial judge requested further submissions regarding the possibility of granting a mistrial. After submissions by both counsel, the trial judge again declined to declare a

Mohamed Ameerulla Khan *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. KHAN

Référence neutre : 2001 CSC 86.

N° du greffe : 27395.

2000 : 12 décembre; 2001 : 7 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Appels — Pouvoirs d'une cour d'appel — Erreur de droit — Erreur judiciaire — Disposition réparatrice — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant d'annuler le procès alors que le jury avait reçu une transcription contenant des arguments présentés en l'absence du jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1).

L'accusé a été déclaré coupable du meurtre au premier degré de son épouse au terme d'un procès devant juge et jury. Au cours de ses délibérations, le jury a demandé la transcription de la déposition du pathologiste. Environ six heures et demie après que la transcription eut été transmise au jury, l'avocat de la défense a découvert qu'elle contenait par mégarde le compte rendu de questions débattues en son absence au cours d'un *voir-dire*. Étant donné que ces questions auraient dû être supprimées, l'avocat de la défense a demandé l'annulation du procès au motif que la procédure était viciée et que le procès était inéquitable. La défense a fait valoir que le jury avait appris que l'accusé avait fait des commentaires jugés inadmissibles. Selon la défense, le jury émettrait des hypothèses concernant ces commentaires et tirerait une inférence défavorable à l'accusé. La juge du procès a rejeté la requête en annulation du procès. La transcription irrégulière a été retirée et des copies épurées ont été fournies au jury. La juge du procès a averti le jury qu'il ne devait se fier qu'à la preuve qui lui avait été soumise. Lorsque le jury a rendu un verdict de culpabilité pour meurtre au premier degré, la juge du procès a demandé aux parties de lui présenter des arguments supplémentaires sur la possibilité d'annuler le procès. Après avoir entendu

mistrial. The accused's appeal to the Court of Appeal was dismissed.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie and Arbour JJ.: The question in this case is not whether the giving of the unedited transcripts to the jury was a miscarriage of justice or a procedural irregularity, but whether the trial judge made an error of law in refusing to declare a mistrial.

Apart from unreasonable verdict cases, most appeals against conviction are based on errors of law within the meaning of s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*. In some cases, when the court has concluded that the error alleged was at most an error of mixed fact and law, it has characterized the issue as falling under s. 686(1)(a)(iii), that is, a miscarriage of justice. In such a case, further use of the proviso in s. 686(1)(b)(iii) is obviously precluded and the appeal must be allowed. The appeal in this case is entirely governed by the provisions of ss. 686(1)(a)(ii) and 686(1)(b)(iii). There are essentially two classes of errors that have led to a proper application of the curative proviso: "harmless errors", or errors of a minor nature having no impact on the verdict; and serious errors that would justify a new trial but for the fact that the evidence was so overwhelming that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred despite the error. In every case, if the reviewing court concludes that the error led to a denial of a fair trial, the court may properly characterize the matter as one where there was a miscarriage of justice, in which case no remedial provision is available and the appeal must be allowed.

This case does not require an assessment of the overall strength of the Crown's case at trial. When asked to declare a mistrial, the trial judge was essentially asked whether it was likely that the exposure by the jury to the tainted transcripts could have affected the jury to the point that the entire trial was compromised and that no remedy other than a new trial was available. Read in full, the offending passage in the transcripts handed to the jury refers to several matters that were not in evidence when the argument took place in the absence of the jury. A fair assessment of the impact that the transcript could have had on the jury must be made on the assumption that the jury read the transcript and understood that counsel for the accused was concerned that the jury should not find out that his client had made statements that the court had ruled inadmissible. This is how the trial judge

les arguments des deux avocats, la juge du procès a de nouveau refusé d'annuler le procès. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'accusé.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie et Arbour : La question à trancher ne consiste pas à savoir si la communication au jury de la transcription non épurée constituait une erreur judiciaire ou une irrégularité de procédure, mais à déterminer si la juge du procès a commis une erreur de droit en refusant d'annuler le procès.

Abstraction faite des verdicts déraisonnables, la plupart des appels à l'encontre d'une déclaration de culpabilité sont fondés sur des erreurs de droit au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code criminel*. Dans certains cas, lorsque le tribunal a conclu que l'erreur reprochée constituait tout au plus une erreur mixte de fait et de droit, il a décrit la question comme mixte par le sous-al. 686(1)(a)(iii), c'est-à-dire comme une erreur judiciaire. En pareil cas, il n'est évidemment pas possible de recourir à la disposition réparatrice énoncée au sous-al. 686(1)(b)(iii) et l'appel doit être accueilli. Ce sont les sous-al. 686(1)(a)(ii) et 686(1)(b)(iii) qui régissent entièrement le présent pourvoi. Il existe essentiellement deux catégories d'erreurs qui enclenchent, à bon droit, l'application de la disposition réparatrice : les « erreurs inoffensives », ou les erreurs négligeables qui n'ont aucune incidence sur le verdict; et les erreurs graves qui justifieraient la tenue d'un nouveau procès, si ce n'était que la preuve présentée est accablante au point qu'aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s'est produit malgré l'erreur. Dans tous les cas, si la cour d'appel conclut que l'erreur a privé l'accusé d'un procès équitable, elle peut à bon droit statuer qu'il y a eu erreur judiciaire; aucune disposition réparatrice ne s'applique alors et l'appel doit être accueilli.

La situation en l'espèce n'exige pas une appréciation de la valeur globale de la preuve présentée par le ministère public au procès. Lorsqu'on a demandé à la juge du procès de déclarer le procès nul, on lui a essentiellement demandé si le fait que le jury a été exposé à la transcription irrégulière a pu vraisemblablement l'influencer au point de compromettre le procès en entier et de ne laisser, à titre de réparation, que la possibilité de la tenue d'un nouveau procès. Lu en entier, le passage irrégulier figurant dans la transcription remise au jury renvoie à plusieurs questions qui ne faisaient pas partie de la preuve au moment où la discussion a eu lieu en l'absence du jury. Une évaluation objective de l'influence que la transcription a pu avoir sur les jurés doit reposer sur la présomption que ceux-ci ont lu la transcription et qu'ils ont compris que l'avocat de l'accusé craignait

approached the issue, and that is why she cautioned the jury as she did. She did not identify specifically the impugned passages, so as not to aggravate the damage, if any, but she clearly instructed the jury to disregard any references to matters that were not properly in evidence before them. The trial judge was obviously concerned with the effect and consequences of what had transpired and she took seriously the application for a mistrial. However, she made no error when she exercised her discretion to deny the motion for a mistrial, nor did she err in declining to enter a mistrial after the jury had returned its verdict. The trial judge was in a privileged position to assess the possible impact of the mishap on the jury, and the effectiveness of the sharp warning that she issued. There is no basis upon which it could be said that she was wrong in that judgment call. The information before the jury was at most an innuendo. Taking the case at its highest from the accused's point of view, the admonition issued by the trial judge to the jury was sufficient to remedy any ill effect that the unedited transcripts might have had on the jury. As the trial judge did not err in rejecting the motion for a mistrial, there is no need to turn to the proviso.

Per LeBel J.: The question before this Court is whether the conviction should be reversed because either an "error of law" or a "miscarriage of justice" has occurred and, if so, whether the curative proviso should be applied. In order for a verdict to be reversed under s. 686(1)(a)(ii) of the *Code*, it is not sufficient to demonstrate that a legal mistake has occurred. The judgment must have been based or possibly based on that mistake, so as to prejudice the accused. The other situations that may justify the intervention of a court of appeal fall into a residual category. Section 686(1)(a)(iii) refers to miscarriages of justice, which cover irregularities other than the errors of law mentioned in s. 686(1)(a)(ii) and which may have rendered the trial unfair or created the appearance of unfairness for the accused. Although ss. 686(1)(a)(ii) and 686(1)(a)(iii) are distinct, they are nevertheless closely related. Both involve situations where an irregularity has occurred during the course of the trial. Whether the defect at trial appears to have been an error of law or an irregularity falling within the residual category of miscarriage of justice, the circumstances must be considered to see if the error was merely peripheral or could have played a significant role in the legal validity of the verdict or rendered the trial unfair, in reality or in appearance. If the error of law could not have prejudiced the accused,

qu'ils apprennent que l'accusé avait fait des déclarations jugées inadmissibles par le tribunal. C'est ce que la juge du procès a compris et c'est pourquoi elle a mis le jury en garde comme elle l'a fait. Elle n'a pas précisé quels étaient les passages visés de manière à ne pas aggraver le préjudice, le cas échéant, mais elle a clairement demandé aux jurés de faire abstraction de toute mention d'une question qui ne leur avait pas été régulièrement soumise en preuve. La juge du procès s'inquiétait manifestement des conséquences de ce qui s'était passé et elle a pris au sérieux la requête en annulation du procès. Toutefois, elle n'a pas commis d'erreur en rejetant la requête dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et elle n'a pas non plus commis d'erreur en refusant de déclarer le procès nul après le verdict du jury. La juge du procès se trouvait dans une position privilégiée pour évaluer l'impact possible de l'erreur sur le jury, de même que l'efficacité de sa mise en garde ferme. Aucun élément ne permet d'affirmer qu'elle a commis une erreur en rendant sa décision sur cette question. L'information révélée au jury constituait tout au plus une insinuation. En supposant le pire du point de vue de l'accusé, la mise en garde adressée au jury par la juge du procès suffisait à remédier à tout effet préjudiciable que la transcription non épurée aurait pu avoir sur le jury. Comme la juge du procès n'a pas commis d'erreur en rejetant la requête en annulation du procès, il n'y a pas lieu de s'interroger sur l'application de la disposition réparatrice.

Le juge LeBel : La Cour doit décider si la déclaration de culpabilité devrait être annulée du fait qu'une « erreur de droit » ou une « erreur judiciaire » est survenue et, dans l'affirmative, si la disposition réparatrice devrait s'appliquer. Pour qu'un verdict de culpabilité soit écarté par application du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code*, il ne suffit pas de démontrer qu'une erreur de droit est survenue. Le jugement doit plutôt être fondé ou pouvoir être fondé sur cette erreur, de manière à causer un préjudice à l'accusé. Les autres situations susceptibles de justifier l'intervention d'une cour d'appel tombent dans une catégorie résiduelle. Le sous-alinéa 686(1)(a)(iii) renvoie à la notion d'erreur judiciaire, qui s'étend aux irrégularités qui sont distinctes des erreurs de droit mentionnées au sous-al. 686(1)(a)(ii) et qui ont pu rendre le procès inéquitable ou ont créé une apparence d'iniquité envers l'accusé. Quoique les sous-al. 686(1)(a)(ii) et 686(1)(a)(iii) soient distincts, ils demeurent étroitement liés. Ils visent tous les deux des situations dans lesquelles une irrégularité s'est produite au cours du procès. Que le vice entachant le procès paraisse constituer une erreur de droit ou une irrégularité relevant de la catégorie résiduelle de l'erreur judiciaire, il faut tenir compte des circonstances pour déterminer si l'erreur a pu jouer un rôle important quant à la validité du verdict, en droit, ou rendre le procès inéquitable, dans les faits ou en

the conviction will be upheld. Reaching a conclusion in that respect will require a balancing taking into account the circumstances of the case and, more particularly, the nature and impact of the error of law. In that regard, the analysis under s. 686(1)(a)(ii) may call upon similar considerations as under s. 686(1)(a)(iii).

An irregularity can be said to constitute a miscarriage of justice when the irregularity was severe enough to render the trial unfair or create the appearance of unfairness. Contrary to the analysis under the proviso, the emphasis is not so much on the final verdict and the overall strength of the evidence against the accused, but rather on the gravity of the irregularity and the effect it may have had on the fairness, or appearance of fairness, of the trial. The gravity of irregularities which may occur must inevitably be evaluated by courts on a case-by-case basis. This being said, certain elements can provide reference points in determining whether a miscarriage of justice has occurred. First, one should ask whether the irregularity pertained to a question that was central to the case against the accused. An irregularity that is related to a central point of the case is more likely to be fatal than one concerning a mere peripheral point. Second, the court of appeal should consider the relative gravity of the irregularity: how much influence it could have had on the verdict; the chances that the apprehended detrimental effect of the irregularity did in fact occur; and the likely severity of these detrimental effects on the accused's case. When the court considers the gravity of the error, it should also consider the possible cumulative effect of several irregularities during the trial. Third, one should be mindful of whether the trial was by jury or by a judge sitting alone. Sometimes, irregularities can have a more severe impact on the fairness of the trial when they occur during a trial before a judge and a jury. Fourth, one should ask whether the irregularity may have been remedied, in full or in part, at the trial. Fifth, the effect of the irregularity on the fairness of the trial and the appearance of fairness should be considered. Sixth, the attitude of defence counsel if and when he was confronted with the irregularity may have an impact. If defence counsel had an opportunity to object to the irregularity and failed to do so, this militates in favour of finding that the trial was not unfair.

The second stage of the analysis is the applicability of the curative proviso. In order to invoke s. 686(1)(b)(iii)

apparence, ou si elle n'a joué qu'un rôle accessoire. Si l'erreur de droit ne pouvait causer aucun préjudice à l'accusé, la déclaration de culpabilité sera maintenue. Pour tirer une conclusion à cet égard, il faut soupeser les circonstances de l'affaire et plus particulièrement la nature et les conséquences de l'erreur de droit. À cet égard, l'analyse effectuée en application du sous-al. 686(1)a(ii) fait parfois appel à des critères analogues à ceux applicables en vertu du sous-al. 686(1)a(iii).

On peut affirmer qu'une irrégularité constitue une erreur judiciaire lorsqu'elle est grave au point de rendre le procès inéquitable ou de créer une apparence d'iniquité. Contrairement à l'analyse qui prévaut en application de la disposition réparatrice, on ne met pas ici l'accent tant sur le verdict final et la valeur globale de la preuve produite contre l'accusé que sur la gravité de l'irrégularité et les conséquences de celle-ci sur l'équité ou sur l'apparence d'équité du procès. La gravité des irrégularités qui peuvent survenir doit inévitablement être appréciée par les tribunaux au cas par cas. Cela dit, certains éléments peuvent servir de points de référence sur la question de savoir si une erreur judiciaire a été commise. Premièrement, il faut se demander si l'irrégularité est liée à une question qui était cruciale quant à la preuve produite contre l'accusé. Une irrégularité liée à un aspect crucial de l'affaire est plus susceptible d'être fatale qu'une autre touchant un aspect purement accessoire. Deuxièmement, la cour d'appel devrait prendre en compte la gravité relative de l'irrégularité : Dans quelle mesure a-t-elle pu influencer le verdict? Quelle est la possibilité que l'effet préjudiciable redouté de l'irrégularité se soit effectivement produit? À quel point ces effets préjudiciables ont-ils pu nuire à la cause de l'accusé? Lorsqu'elle apprécie la gravité de l'erreur, la cour devrait également prendre en considération l'effet cumulatif éventuel de plusieurs irrégularités survenues au cours du procès. Troisièmement, il faut garder à l'esprit le fait qu'il s'agissait d'un procès devant jury ou devant un juge siégeant seul. Les irrégularités peuvent parfois avoir des conséquences plus graves sur l'équité du procès lorsqu'elles surviennent au cours d'un procès devant juge et jury. Quatrièmement, il faut se demander s'il a pu être remédié à l'irrégularité en tout ou en partie lors du procès. Cinquièmement, il faut tenir compte de la conséquence de l'irrégularité sur l'équité et sur l'apparence d'équité du procès. Sixièmement, l'attitude que l'avocat de la défense adopte en prenant connaissance de l'irrégularité, le cas échéant, peut jouer. Le fait que l'avocat de la défense a eu l'occasion de s'opposer à l'irrégularité et s'en est abstenu milite en faveur d'une conclusion portant que le procès n'était pas inéquitable.

Le deuxième volet de l'analyse concerne l'application de la disposition réparatrice. Pour se prévaloir du

successfully, the Crown must demonstrate that any reasonable judge or jury would have rendered the same verdict. Even though an important error of law could have influenced the decision, it would not be appropriate to reverse the conviction when the evidence is so overwhelming against the accused that it would inevitably lead to the same result. Similarly, when the court of appeal finds that the evidence against the accused would inevitably have led to the same result, it can uphold a conviction despite having found that a procedural irregularity not amounting to a miscarriage of justice had occurred. Regardless of whether the proviso is used to cure an error of law or a procedural irregularity not amounting to a miscarriage of justice, it may be used only when the conviction was inevitable.

The leak of the tainted transcript to the jury was certainly an error or an irregularity. This mistake does not seem to be in the nature of an error of law. The judge did not make a decision on a question of law that was among the bases of a conviction. The error was more akin to a procedural irregularity that happened by accident. Thus, as this case does not seem to fall squarely within the error of law category, this becomes a matter to be examined under the residual category of procedural irregularity. The irregularity did not amount to a miscarriage of justice. First, it did not relate to a point that was particularly central in law or in fact to the case against the accused. Second, the irregularity was not of significant importance. The fact that the trial was held before a judge and jury militates in favour of a finding of unfairness. However, all doubts concerning the unfairness or appearance of unfairness of the trial are put to rest when the remedy chosen by the judge when she realized that the tainted transcripts had been leaked to the jury is considered.

Since no miscarriage of justice occurred, it is unnecessary to examine whether the conviction could be saved under the curative proviso.

Cases Cited

By Arbour J.

Referred to: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Karpinski*, [1957] S.C.R. 343; *R. v. Simons* (1976), 30 C.C.C. (2d) 162; *R. v. Sarazin* (1978), 39 C.C.C. (2d) 131; *R. v. Dwyer*, [1980] 1 S.C.R. 481, rev'g (1978), 42 C.C.C. (2d) 83; *Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188; *R. v. Vallee*, [1969] 3 C.C.C. 293;

sous-al. 686(1)b)(iii), le ministère public doit démontrer que tout juge ou jury raisonnable aurait rendu le même verdict. Même si une erreur de droit grave a pu influencer la décision, il ne conviendrait pas d'annuler la déclaration de culpabilité lorsque la preuve contre l'accusé est à ce point accablante qu'elle mènerait inévitablement au même résultat. De manière analogue, lorsque la cour d'appel estime que la preuve contre l'accusé aurait inévitablement mené au même résultat, elle peut confirmer la déclaration de culpabilité même en ayant conclu qu'une irrégularité de procédure n'équivalant pas à une erreur judiciaire s'est produite. Que la disposition réparatrice serve à remédier à une erreur de droit ou à une irrégularité de procédure n'équivalant pas à une erreur judiciaire, on ne peut y recourir que lorsque la déclaration de culpabilité était inévitable.

La divulgation de la transcription irrégulière au jury constituait assurément une erreur ou une irrégularité. Cette erreur ne semble pas être de la nature d'une erreur de droit. Le juge n'a pas rendu une décision sur une question de droit fondant en partie la déclaration de culpabilité. Cette erreur s'apparentait davantage à une irrégularité procédurale de nature accidentelle. Comme le pourvoi ne relève pas clairement de la catégorie de l'erreur de droit, il doit être examiné en fonction de la catégorie résiduelle de l'irrégularité de procédure. L'irrégularité n'équivalait pas à une erreur judiciaire. Premièrement, elle ne se rapportait pas à un point particulièrement crucial, quant aux faits ou au droit, de la preuve produite contre l'accusé. Deuxièmement, l'irrégularité ne revêtait pas une importance particulière. Le fait que le procès a eu lieu devant juge et jury milite en faveur d'une conclusion d'iniquité. Toutefois, tout doute relatif à l'iniquité ou à l'apparence d'iniquité du procès s'estompe lorsque nous nous attardons à la réparation qu'a choisie la juge du procès après s'être rendu compte de la divulgation de la transcription irrégulière au jury.

Comme aucune erreur judiciaire n'a été commise, il n'est pas nécessaire de déterminer si la disposition réparatrice aurait permis de confirmer la déclaration de culpabilité.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Arrêts mentionnés : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. c. Karpinski*, [1957] R.C.S. 343; *R. c. Simons* (1976), 30 C.C.C. (2d) 162; *R. c. Sarazin* (1978), 39 C.C.C. (2d) 131; *R. c. Dwyer*, [1980] 1 R.C.S. 481, inf. (1978), 42 C.C.C. (2d) 83; *Brodie c. The King*, [1936] R.C.S. 188; *R. c. Vallee*, [1969] 3 C.C.C. 293;

R. v. Major, [1977] 1 S.C.R. 826; *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8; *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393; *Kipp v. Attorney-General for Ontario*, [1965] S.C.R. 57; *R. v. Sheets*, [1971] S.C.R. 614; *R. v. Meunier*, [1966] S.C.R. 399; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *Trenholm v. Attorney-General of Ontario*, [1940] S.C.R. 301; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053; *R. v. Joinson* (1986), 32 C.C.C. (3d) 542; *Bell (Re)*, [1988] B.C.J. No. 1897 (QL); *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233; *R. v. B. (L.C.)* (1996), 104 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Silvini* (1991), 68 C.C.C. (3d) 251; *R. v. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *Chibok v. The Queen* (1956), 24 C.R. 354; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. MacGillivray*, [1995] 1 S.C.R. 890; *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Gunn v. The Queen*, [1974] S.C.R. 273; *R. v. Klatt* (1994), 94 C.C.C. (3d) 147; *R. v. Wong* (1992), 12 B.C.A.C. 211; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Nijjar*, [1998] 1 S.C.R. 320; *Alward v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 559; *Ambrose v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 717; *Dufresne v. La Reine*, [1988] R.J.Q. 38; *R. v. Welch* (1980), 5 Sask. R. 175.

By LeBel J.

Referred to: *R. v. Duke* (1985), 22 C.C.C. (3d) 217; *R. v. Watson* (1991), 4 B.C.A.C. 253; *R. v. Armstrong*, [1970] 1 C.C.C. 136; *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *Emkeit v. The Queen*, [1974] S.C.R. 133; *R. v. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200; *R. v. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96; *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233; *R. v. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35; *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *Cathro v. The Queen*, [1956] S.C.R. 101; *R. v. Ferguson* (2000), 142 C.C.C. (3d) 353, rev'd [2001] 1 S.C.R. 281, 2001 SCC 6; *R. v. Martineau* (1986), 33 C.C.C. (3d) 573; *R. v. Lessard* (1992), 74 C.C.C. (3d) 552, [1992] R.J.Q. 1205; *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (4th) 287; *R. v. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *Imrich v. The*

R. v. Major, [1977] 1 R.C.S. 826; *R. v. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8; *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393; *Kipp c. Attorney-General for Ontario*, [1965] R.C.S. 57; *R. c. Sheets*, [1971] R.C.S. 614; *R. c. Meunier*, [1966] R.C.S. 399; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *Trenholm c. Attorney-General of Ontario*, [1940] R.C.S. 301; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053; *R. c. Joinson* (1986), 32 C.C.C. (3d) 542; *Bell (Re)*, [1988] B.C.J. No. 1897 (QL); *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233; *R. c. B. (L.C.)* (1996), 104 C.C.C. (3d) 353; *R. c. Silvini* (1991), 68 C.C.C. (3d) 251; *R. c. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *Chibok c. The Queen* (1956), 24 C.R. 354; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. MacGillivray*, [1995] 1 R.C.S. 890; *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Gunn c. La Reine*, [1974] R.C.S. 273; *R. c. Klatt* (1994), 94 C.C.C. (3d) 147; *R. c. Wong* (1992), 12 B.C.A.C. 211; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Nijjar*, [1998] 1 R.C.S. 320; *Alward c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 559; *Ambrose c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 717; *Dufresne c. La Reine*, [1988] R.J.Q. 38; *R. c. Welch* (1980), 5 Sask. R. 175.

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *R. c. Duke* (1985), 22 C.C.C. (3d) 217; *R. c. Watson* (1991), 4 B.C.A.C. 253; *R. c. Armstrong*, [1970] 1 C.C.C. 136; *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193; *Emkeit c. La Reine*, [1974] R.C.S. 133; *R. c. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200; *R. c. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96; *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233; *R. c. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35; *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *Cathro c. The Queen*, [1956] R.C.S. 101; *R. c. Ferguson* (2000), 142 C.C.C. (3d) 353, inf. par [2001] 1 R.C.S. 281, 2001 CSC 6; *R. c. Martineau*, [1986] A.Q. n° 2049 (QL); *Lessard c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 1205; *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287; *R. c. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *Imrich c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 622;

Queen, [1978] 1 S.C.R. 622; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22; *R. v. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1, aff'd [1999] 3 S.C.R. 866; *R. v. P. (G.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 263; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11; *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, aff'd [1966] S.C.R. 399; *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35; *R. v. Simard* (1989), 36 Q.A.C. 74; *R. v. Fabre* (1990), 46 Q.A.C. 133; *R. v. Deyardin* (1997), 119 C.C.C. (3d) 365, [1997] R.J.Q. 2367; *Primeau v. La Reine*, [2000] R.J.Q. 696; *Taillefer v. La Reine*, [1989] R.J.Q. 2023.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 440.1 [now s. 485].
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].
Criminal Law Amendment Act, 1985, R.S.C. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 145.

Authors Cited

Béliveau, Pierre, et Martin Vaclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 8^e éd. Montréal: Thémis, 2001.
 Cohen, Stanley A. "Controlling the Trial Process: The Judge and the Conduct of Trial" (1977), 36 C.R.N.S. 15.
 Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated August 2001, release 49).
 McKinnon, Gil D. *The Criminal Lawyers' Guide to Appellate Court Practice*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.
 Mewett, Alan W. "No Substantial Miscarriage of Justice". In Anthony N. Doob and Edward L. Greenspan, eds., *Perspectives in Criminal Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985, 81.
 Price, Ronald R., and Paula W. Mallea. "Not by Words Alone": Criminal Appeals and the No Substantial Wrong or Miscarriage of Justice Rule". In Vincent M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada*. Toronto: Butterworths, 1982, 453.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1999), 138 Man. R. (2d) 23, 202 W.A.C. 23, [1999] 10 W.W.R. 207, 136 C.C.C. (3d) 391,

Lewis c. La Reine, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22; *R. c. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1, conf. par [1999] 3 R.C.S. 866; *R. c. P. (G.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 263; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11; *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *Meunier c. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, conf. par [1966] R.C.S. 399; *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35; *R. c. Simard* (1989), 36 Q.A.C. 74; *R. c. Fabre* (1990), 46 Q.A.C. 133; *Bombiski-Deyardin c. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2367; *Primeau c. La Reine*, [2000] R.J.Q. 696; *Taillefer c. La Reine*, [1989] R.J.Q. 2023.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 440.1 [maintenant l'art. 485].
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (Ann., art. 8)].
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, L.R.C. 1985, ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145.

Doctrine citée

Béliveau, Pierre, et Martin Vaclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 8^e éd. Montréal: Thémis, 2001.
 Cohen, Stanley A. « Controlling the Trial Process : The Judge and the Conduct of Trial » (1977), 36 C.R.N.S. 15.
 Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated August 2001, release 49).
 McKinnon, Gil D. *The Criminal Lawyers' Guide to Appellate Court Practice*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.
 Mewett, Alan W. « No Substantial Miscarriage of Justice ». In Anthony N. Doob and Edward L. Greenspan, eds., *Perspectives in Criminal Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985, 81.
 Price, Ronald R., et Paula W. Mallea. « "Pas seulement avec des mots" : La règle concernant le doute raisonnable et l'absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave dans les décisions des cours d'appel canadiennes en droit pénal ». Dans Vincent M. Del Buono, dir., *Procédure pénale au Canada*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1983, 521.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1999), 138 Man. R. (2d) 23, 202 W.A.C. 23, [1999] 10 W.W.R. 207, 136 C.C.C. (3d) 391,

[1999] M.J. No. 278 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

Martin D. Glazer, for the appellant.

Richard A. Saull, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie and Arbour J.J. was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

1 My colleague Justice LeBel has reviewed the relevant facts in his reasons. I only find it necessary to expand slightly on the facts surrounding the central issue before us in this appeal.

2 A few hours after the jury began its deliberations in this murder case, it requested transcripts of proceedings to review the evidence of certain witnesses. Neither counsel nor the trial judge realized at that time that the transcripts in question had not been edited to delete submissions that had been made in the absence of the jury. The jury was in possession of these unedited transcripts for approximately six and a half hours until defence counsel became aware of the content of the transcripts and informed the court of the problem.

3 The jury was provided with a total of approximately 350 pages containing the evidence of four different witnesses. In an early portion of the transcripts, in the course of the direct examination of Dr. MacDonald, defence counsel indicated that he had certain objections to make and that it should be dealt with in the absence of the jury. The record then indicates that the jury was asked to retire. Immediately after that entry, the transcript reveals as follows:

THE COURT: Yes. Was that your concern?

[1999] M.J. No. 278 (QL), rejetant l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Martin D. Glazer, pour l'appellant.

Richard A. Saull, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Dans ses motifs, mon collègue le juge LeBel a fait un examen des faits pertinents. Seules quelques précisions sur les faits concernant la question qui est au cœur du présent pourvoi me paraissent nécessaires.

Quelques heures après le début de ses délibérations dans cette affaire de meurtre, le jury a demandé la transcription d'une partie de la preuve afin d'examiner certains témoignages. À ce moment, ni les avocats ni la juge du procès ne se sont rendu compte que la transcription n'avait pas été révisée pour en supprimer les arguments présentés en l'absence du jury. Le jury a eu cette version entre les mains pendant environ six heures et demie, jusqu'à ce que l'avocat de la défense prenne connaissance du contenu de la transcription et informe la cour du problème.

En tout, le jury a reçu environ 350 pages contenant la preuve offerte par quatre témoins différents. On apprend vers le début de la transcription que, lors de l'interrogatoire principal du D^r MacDonald, l'avocat de la défense a indiqué qu'il avait certaines réserves à exprimer et qu'il valait mieux en traiter en l'absence du jury. Le dossier indique qu'on a alors demandé au jury de se retirer. Immédiatement après cette mention, la transcription révèle ce qui suit :

[TRADUCTION]

LA COUR : Oui. Était-ce votre crainte?

MR. GLAZER: No. My concern — I might as well deal with it now — is that I hope my friend isn't going to ask this witness to reveal hearsay that he relied on that has not been tendered as evidence in court because that would be inadmissible. For example, if certain photographs are not filed and the witness says he's basing his opinion on photographs that haven't been filed, that is inadmissible. If he says that he's basing his opinion based on temperature he believes was taken, but that temperature was not filed as an exhibit or tendered as evidence in the trial, then, the jury has to be told to disregard that.

THE COURT: That ultimately — I mean I don't know what is coming from the Crown, but certainly the doctor is entitled to say what it was that he used to form his opinion and if the underpinnings are not subsequently proven to support his opinion, that that's —

MR. GLAZER: I beg to disagree, My Lady. The law as I understand it is — for example, My Lady had ruled that certain comments by the accused are inadmissible. If the witness during the course of his testimony refers to those comments as forming the basis of some of his opinion, it would be grounds for a mistrial. He can only refer to what is before the jury; he can't refer to evidence that is not before the jury. [Emphasis added.]

Immediately after the transcripts were retrieved from the jury, defence counsel moved for a mistrial. On that occasion, he did not object in particular to the portion of the transcript quoted above. Rather, he referred to information on the *voir dire* that made reference to a prior trial. Having heard the submissions, the trial judge ruled as follows:

Well, at this stage of the proceedings, what I propose to do, and I appreciate your comments and I share the concern that you have expressed, but at the same time, we've gone to this stage, and what I propose to do is to bring the jury in and to indicate and not to red flag whose transcript and not to indicate what areas but simply to say that there were some matters in the transcripts that were not properly before them and ought not to form part of their consideration and to caution them on that and to indicate, again, that only evidence that was properly before them is to be considered; and, in addition, to indicate that we will keep all of the transcripts here until we're in a position

M^e GLAZER : Non. Ma crainte — autant l'exprimer tout de suite — est que j'espère que mon collègue ne demandera pas au témoin de révéler le oui-dire sur lequel il s'est fondé et qui n'a pas été produit en preuve, car ce serait inadmissible. Par exemple, si certaines photos n'ont pas été déposées et que le témoin affirme s'être fondé sur des photos qui n'ont pas été déposées, c'est inadmissible. S'il affirme que son opinion se fonde sur la température qu'il croit avoir été prise, mais que celle-ci n'a pas été produite comme pièce ou en preuve lors du procès, on doit alors aviser le jury qu'il doit en faire abstraction.

LA COUR : En définitive, cela — je veux dire, j'ignore ce que le ministère public a l'intention de faire, mais il est certainement loisible au médecin de révéler sur quels éléments repose son opinion, et si ces éléments ne sont pas prouvés par la suite à l'appui de son opinion que —

M^e GLAZER : Permettez-moi, votre Honneur, d'exprimer mon désaccord. Le droit prévoit, à ma connaissance — par exemple, votre Honneur avait statué que certains commentaires faits par l'accusé étaient inadmissibles. Si, lors de sa déposition, le témoin se réfère à ces commentaires comme fondant en partie son opinion, il y aurait là un motif d'annulation du procès. Il ne peut se référer qu'aux éléments soumis au jury; il ne peut se référer à un élément de preuve qui n'a pas été soumis au jury. [Je souligne.]

Dès que l'on a retiré la transcription remise au jury, l'avocat de la défense a présenté une requête en annulation du procès, mais il ne s'est pas opposé en particulier à l'extrait reproduit ci-dessus. Il a plutôt mentionné des renseignements contenus au voir-dire, qui faisaient allusion à un procès antérieur. Après avoir entendu les arguments, la juge du procès a rendu la décision suivante :

[TRADUCTION] Bien, à cette étape-ci de l'instance, ce que je vous propose de faire, et j'apprécie vos commentaires et je partage les réserves que vous avez exprimées, mais en même temps nous en sommes à cette étape, donc je vous propose de ramener les jurés ici et de leur indiquer — sans pointer le témoignage ni préciser les extraits en cause — mais simplement de leur dire que les transcriptions contiennent certaines questions qui ne leur ont pas été soumises de façon appropriée et qu'ils ne devraient pas en tenir compte. Il me faudra également les mettre en garde à cet égard et leur indiquer, une fois de plus, que seule la preuve qui leur a été soumise de façon appropriée doit être prise en compte; leur indiquer, aussi,

to provide them with clean copies of exactly what was before them.

5 After the jury returned a verdict of guilty the trial judge asked the jury to retire so she could talk to counsel alone. After the jury left, the judge indicated that before formally recording the verdict, she wanted to raise the matter of the transcripts that were sent inadvertently to the jury during their deliberations. She said that she was still entertaining the possibility of declaring a mistrial at this stage and would like to hear the submissions of counsel on that issue. In the course of these submissions, defence counsel referred to the passage quoted above as an indication that the jury could only have assumed that his client had made a confession “or something of that nature”. Having heard the submissions, the trial judge concluded that she was not certain that she had jurisdiction to declare a mistrial after a verdict had been rendered by the jury. Then, she indicated “with some reluctance” that she would bring the jury back. At the request of the defence, the jury was polled and confirmed the verdict.

6 The issue before us is to characterize properly this ground of appeal, within the meaning of s. 686 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and to decide how it should affect the ultimate disposition of the appeal.

7 In my view, if the unedited transcript mistake had not been detected until after the trial, it might have been possible to view this ground of appeal as falling under s. 686(1)(a)(iii). However, this matter was raised at trial, and the possibility of a mistrial was considered by the trial judge on two occasions. A proper characterization of the issue before us, in my opinion, is whether or not the trial judge made an error of law in refusing to declare a mistrial either when it was first requested of her, or after the verdict. If we find that an error of law was committed, we must then turn to the remedial proviso in s. 686(1)(b)(iii) and determine whether, notwithstanding the error, the appeal should be dismissed on the

que nous conserverons toutes les transcriptions ici jusqu’à ce que nous soyons en mesure de leur remettre des copies épurées dont le contenu correspond exactement à la preuve qui leur a été présentée.

Après que le jury eut rendu un verdict de culpabilité, la juge du procès a demandé au jury de se retirer pour qu’elle puisse s’adresser uniquement aux avocats. En l’absence du jury, la juge a indiqué qu’elle voulait, avant l’inscription formelle du verdict, soulever la question de la transcription que le jury avait reçue par mégarde au cours de ses délibérations. Elle a affirmé qu’elle envisageait encore la possibilité d’annuler le procès à cette étape et qu’elle aimerait entendre les arguments des avocats sur la question. L’avocat de la défense a alors mentionné le passage reproduit ci-dessus comme laissant croire que le jury n’avait pu faire autrement que supposer que son client avait fait un aveu [TRADUCTION] « ou quelque chose de cette nature ». Après avoir entendu les arguments, la juge du procès a conclu qu’elle n’était pas certaine d’avoir compétence pour annuler le procès une fois qu’un verdict avait été rendu par le jury. Elle a ensuite déclaré [TRADUCTION] « avec une certaine réticence » qu’elle rappellerait le jury. À la demande de la défense, on a demandé à chacun des jurés de faire connaître son verdict et le verdict initial a été confirmé.

Dans le présent pourvoi, il nous incombe de qualifier correctement ce moyen d’appel au regard de l’art. 686 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et de décider quelle incidence il devrait avoir sur l’issue du pourvoi.

À mon sens, si l’erreur liée à la transcription non épurée n’avait été détectée qu’après le procès, il aurait peut-être été possible d’envisager ce moyen d’appel en application du sous-al. 686(1)(a)(iii). Cette question a toutefois été soulevée devant la juge du procès, qui a examiné à deux occasions la possibilité d’annuler le procès. À mon avis, la question en litige dans le présent pourvoi consiste à déterminer si la juge du procès a commis une erreur de droit en refusant de prononcer l’annulation du procès à la suite de la requête initiale ou après le verdict. Si nous arrivons à la conclusion qu’il y a eu erreur de droit, nous devons ensuite envisager l’application de la disposition réparatrice prévue

basis that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

This method of analysis has been consistently followed by appellate courts and by this Court in determining the nature of errors that are alleged to have occurred at trial, and the proper remedial response mandated by the *Criminal Code*. This is also the approach that was followed by the Manitoba Court of Appeal in the present case.

In my view, the question in this case is not whether the giving of the unedited transcripts to the jury was a “miscarriage of justice” or a “procedural irregularity”. The question is whether or not the trial judge erred in law by not declaring a mistrial as a result of that occurrence. As a preliminary matter, I will therefore set out in more detail why, in my view, s. 686(1)(b)(iv) has no application here. I will then review the guiding principles in s. 686(1)(a)(ii) and 686(1)(b)(iii).

II. Relevant Statutory Provisions

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

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

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count

au sous-al. 686(1)(b)(iii) pour décider si, malgré l’erreur, il y a lieu de rejeter le pourvoi au motif qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit.

Les cours d’appel, de même que notre Cour, ont suivi cette méthode d’analyse de façon constante pour déterminer la nature des erreurs qui se seraient produites au cours du procès, ainsi que la réparation appropriée imposée par le *Code criminel*. C’est également la démarche que la Cour d’appel du Manitoba a adoptée en l’espèce.

À mon avis, dans le présent pourvoi, il ne s’agit pas de savoir si la communication au jury de la transcription non épurée constituait une « erreur judiciaire » ou une « irrégularité de procédure ». Il s’agit de savoir si la juge du procès a commis une erreur de droit en ne prononçant pas l’annulation du procès à la suite de l’incident. À titre préliminaire, j’expliquerai donc plus en détail la raison pour laquelle j’estime que le sous-al. 686(1)(b)(iv) ne s’applique pas en l’espèce. Je passerai ensuite en revue les principes directeurs édictés dans les sous-al. 686(1)(a)(ii) et 686(1)(b)(iii).

II. Les dispositions législatives pertinentes

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

686. (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un verdict d’inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d’appel :

a) peut admettre l’appel, si elle est d’avis, selon le cas :

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu’il est déraisonnable ou ne peut pas s’appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

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

(i) elle est d’avis que l’appellant, bien qu’il n’ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef

8

9

10

or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (a),

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; or

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appellant pour l'un des motifs mentionnés à l'alinéa a),

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit,

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appellant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

III. Analysis

A. *Section 686(1)(b)(iv) of the Criminal Code*

11

Properly interpreted in accordance with the principles set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, this subsection expands the remedial powers of courts of appeal by permitting the dismissal of appeals in case of any procedural irregularity previously perceived as having caused a loss of jurisdiction at trial, as long as the accused suffers no prejudice and as long as the trial court maintained its jurisdiction "over the class of offence[s]". I agree with the analysis of the scope of the section provided by Goodman J.A. in *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.), and adopted by Gonthier J. in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91 (in dissent, with Iacobucci J. and McLachlin J., as she then was, concurring). In *Cloutier*, Goodman J.A. reviewed the legislative history of the provision and noted that it was first initiated in the House of Commons on February 7, 1984, to be eventually enacted and proclaimed into force on December 4, 1985. The section was first introduced in the House seven days after a January 31, 1984 judgment of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109, which deplored the unavailability of curative provisions in the *Code* in the case of jurisdictional errors such as those caused by the accused having been even

III. Analyse

A. *Le sous-alinéa 686(1)(b)(iv) du Code criminel*

Suivant l'interprétation qu'il convient de lui donner en conformité avec les principes énoncés dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, ce sous-alinéa élargit les pouvoirs des cours d'appel en matière de réparation en autorisant le rejet d'un appel fondé sur toute irrégularité de procédure, auparavant perçue comme donnant lieu à une perte de compétence au procès, pourvu que l'accusé ne subisse aucun préjudice et que le tribunal de première instance demeure compétent « à l'égard de la catégorie d'infractions ». Je souscris à l'analyse du juge Goodman de la Cour d'appel sur la portée de cette disposition dans *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.), adoptée par le juge Gonthier dans *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91 (dissident, avec l'appui du juge Iacobucci et du juge McLachlin, maintenant Juge en chef). Dans l'arrêt *Cloutier*, le juge Goodman a fait un survol de l'historique législatif de cette disposition, indiquant qu'elle avait été déposée initialement à la Chambre des communes le 7 février 1984 et finalement adoptée et mise en vigueur le 4 décembre 1985. Son dépôt est survenu sept jours après le prononcé de l'arrêt *R. c. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109 de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le 31 janvier 1984, qui déplorait que le *Code* ne prévoie aucun redressement dans le cas d'erreurs de

inadvertently excluded from small and sometimes uneventful portions of his trial.

Although Goodman J.A. suggested that the section might have been enacted in response to the line of cases leading to *Fenton, supra*, it is not clear to me that the section targeted exclusively the procedural irregularity caused by the absence of the accused during his trial. There were numerous other procedural irregularities in the criminal process which caused loss of jurisdiction over the person, if not over the offence with which the accused was charged. The real focus of the enactment of s. 686(1)(b)(iv) in 1985 seems to have been to put an end to the jurisprudence holding that procedural errors having caused a loss of jurisdiction in the trial courts could not be cured, even on appeal.

Indeed, prior to the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, criminal procedure was replete with complex decisions distinguishing between the various jurisdictional consequences of procedural errors, pre-trial, at trial and post-conviction. Such issues included: whether the expiration of a time limitation within which to prosecute an offence summarily provided a defence or caused a loss of jurisdiction (*R. v. Karpinski*, [1957] S.C.R. 343); issues of territorial jurisdiction (*R. v. Simons* (1976), 30 C.C.C. (2d) 162 (Ont. C.A.); *R. v. Sarazin* (1978), 39 C.C.C. (2d) 131 (P.E.I.S.C.)); jurisdictional challenges to the preliminary inquiry through prerogative writs, as well as challenges to the form of the information or indictment (*R. v. Dwyer*, [1980] 1 S.C.R. 481, rev'g (1978), 42 C.C.C. (2d) 83 (Ont. C.A.)); whether defective indictments could not or would not be cured on appeal (*Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188); whether informations or indictments "disclos[ing] no offence known to the law" were curable on appeal (*R. v. Vallee*, [1969] 3 C.C.C. 293 (B.C.C.A.), at p. 295; *R. v. Major*, [1977] 1 S.C.R. 826; *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8, and *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393); and, whether remedies such as prerogative writs and appeals were available to review rulings

compétence de la nature de celles découlant de l'exclusion de l'accusé, même par inadvertance, pendant de courtes parties de son procès, au cours desquelles il ne s'était parfois rien passé.

Même si le juge Goodman a laissé entendre que cette disposition avait peut-être été adoptée en réponse à la jurisprudence menant à l'arrêt *Fenton*, précité, il ne ressort pas clairement, à mon avis, que cette disposition visait exclusivement le cas de l'irrégularité de procédure découlant de l'absence de l'accusé à son procès. De nombreuses autres irrégularités de procédure dans le processus pénal entraînaient une perte de compétence sur la personne, voire sur l'infraction dont l'accusé était inculpé. Il semble que l'adoption du sous-al. 686(1)(b)(iv), en 1985, visait véritablement à mettre un terme à la jurisprudence voulant qu'on ne puisse remédier, même en appel, aux erreurs de procédure ayant causé la perte de compétence des tribunaux de première instance.

En effet, avant l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la procédure criminelle avait engendré une pléthore de décisions complexes établissant une distinction entre les diverses conséquences, sur le plan de la compétence, des erreurs de procédure commises avant l'instruction, au procès et à l'étape postérieure à la déclaration de culpabilité. Cette jurisprudence portait notamment sur les questions suivantes : la question de savoir si l'expiration du délai de prescription applicable à la poursuite d'une infraction par procédure sommaire constituait un moyen de défense ou entraînait une perte de compétence (*R. c. Karpinski*, [1957] R.C.S. 343); des questions de compétence territoriale (*R. c. Simons* (1976), 30 C.C.C. (2d) 162 (C.A. Ont.); *R. c. Sarazin* (1978), 39 C.C.C. (2d) 131 (C.S.Î.-P.-É.)); la question de la validité de l'enquête préliminaire, contestée pour des motifs de compétence par voie de brefs de prérogative, et la question de la forme de la dénonciation ou de l'acte d'accusation (*R. c. Dwyer*, [1980] 1 R.C.S. 481, inf. (1978), 42 C.C.C. (2d) 83 (C.A. Ont.)); la question de savoir si une juridiction d'appel pouvait ou devait remédier aux actes d'accusation défectueux (*Brodie c. The King*, [1936] R.C.S. 188); la question de savoir s'il peut être remédié en appel aux dénonciations ou actes

12

13

on the alleged improper form of the charge (*Kipp v. Attorney-General for Ontario*, [1965] S.C.R. 57. See also *R. v. Sheets*, [1971] S.C.R. 614.)

d'accusation [TRADUCTION] « ne révélant aucune infraction existant en droit » (*R. c. Vallee*, [1969] 3 C.C.C. 293 (C.A.C.-B.), p. 295; *R. c. Major*, [1977] 1 R.C.S. 826; *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8, et *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393); la possibilité de recourir aux brefs de prérogative et à la procédure d'appel aux fins de l'examen des décisions relatives à la forme inappropriée de l'acte d'accusation (*Kipp c. Attorney-General for Ontario*, [1965] R.C.S. 57. Voir également *R. c. Sheets*, [1971] R.C.S. 614).

14

In addition to the cases dealing with the jurisdictional consequences of violating s. 650 of the *Criminal Code*, mandating the presence of the accused at trial (see *R. v. Meunier*, [1966] S.C.R. 399, and *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694), there were many other procedural irregularities which were said to be of a jurisdictional nature — rather than mere “errors of law” — and as such raised the question of whether they could be remedied on appeal by the use of the proviso contained in s. 686(1)(b)(iii). (See for instance irregularities in jury selection, *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), or the discussion of the effects of errors in the procedure by which the accused elected his mode of trial in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41.) The matter was further complicated by the distinction drawn by the courts between loss of jurisdiction over the person of the accused, which could be subsequently remedied, and loss of jurisdiction over the offence, which could not (see *Trenholm v. Attorney-General of Ontario*, [1940] S.C.R. 301; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053).

Outre les décisions ayant examiné les conséquences, sur le plan de la compétence, d'une contravention à l'art. 650 du *Code criminel* qui exige que l'accusé soit présent au procès (voir *R. c. Meunier*, [1966] R.C.S. 399, et *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694), de nombreuses autres irrégularités de procédure ont été qualifiées d'erreurs touchant la compétence — plutôt que de simples « erreurs de droit » — soulevant de ce fait la question de savoir s'il pouvait y être remédié en appel par le recours au sous-al. 686(1)(b)(iii). (Voir à titre d'exemple l'examen des irrégularités dans la sélection du jury, *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), ou celui des conséquences découlant des erreurs commises dans le cadre de la procédure de choix du mode de procès par l'accusé dans *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41.) La question était d'autant plus complexe que les tribunaux faisaient une distinction entre la perte de compétence sur la personne de l'accusé, à laquelle il était possible de remédier, et la perte de compétence sur l'infraction, à laquelle il n'était pas possible de remédier (voir *Trenholm c. Attorney-General of Ontario*, [1940] R.C.S. 301; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053).

15

This question of incurable loss of jurisdiction was first addressed by Parliament in 1976 by the enactment of s. 440.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which eventually, after further amendment, became the present s. 485. The original section cured only failures to comply with the *Code's* provisions on adjournments and remands, which were already a great source of “loss of jurisdiction”. Indeed, prior to the enactment of that provision, jurisdiction could be lost by remands for more

Le législateur s'est attaqué pour la première fois à la question de la perte irrémédiable de compétence en adoptant, en 1976, l'art. 440.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, devenu l'art. 485 actuel à la suite d'une autre modification. La disposition initiale ne permettait de remédier qu'au défaut de se conformer aux dispositions du *Code* en matière d'ajournement et de remises, ce qui était déjà à l'époque une importante source de « perte de compétence ». En effet, avant l'adoption de l'art. 440.1,

than eight days without the accused's consent. Yet this Court in *Krannenburg*, *supra*, at p. 1056, held that the new section still could not cure a "[l]oss of jurisdiction over the offence". In 1985, in the same Bill enacting s. 686(1)(b)(iv), s. 440.1 was further amended to its present form. The parallels between s. 686(1)(b)(iv) and s. 485 of the *Criminal Code* were highlighted by Macfarlane J.A. in *R. v. Joinson* (1986), 32 C.C.C. (3d) 542 (B.C.C.A.), at p. 548, and by Shaw J. in *Bell (Re)*, [1988] B.C.J. No.1897 (QL) (S.C.). Section 485 now provides that jurisdiction over an offence is not lost by reason of the failure of the trial court to "act in the exercise of that jurisdiction at any particular time, or by reason of a failure to comply with any of the provisions of this Act respecting adjournments or remands".

In short, s. 686(1)(b)(iv) of the *Code* was enacted in the face of a body of case law that was becoming increasingly technical and complex and which had restricted considerably the possibility for appellate courts to conclude that an error at trial was not such that it required a setting aside of the verdict. This provision is rarely invoked, because procedural irregularities that result from an error of law, which is most of them, are properly dealt with under s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. Prior to the enactment of s. 686(1)(b)(iv) in 1985, some procedural irregularities, although they amounted to errors of law, had been ruled "jurisdictional" and courts had decided that they could therefore not be cured by the proviso since jurisdiction had been lost. In that context, it is clear that the new provision was not meant to deal with trivial procedural irregularities which in any event would have been curable under the proviso as long as they constituted errors of law. I agree with Goodman J.A. in *Cloutier* that s. 686(1)(b)(iv) was enacted to cure serious procedural irregularities, otherwise amounting to errors of law, in cases where under the then existing case law, jurisdiction over the person, but not over the offence, had been lost. I also agree with Goodman J.A. that under this new subparagraph, since the procedural irregularities in issue would have been serious ones, it is

les remises de plus de huit jours sans le consentement de l'accusé pouvaient entraîner une perte de compétence. Notre Cour a néanmoins statué dans l'arrêt *Krannenburg*, précité, p. 1056, que cette nouvelle disposition ne pouvait toujours pas remédier à une « perte de juridiction sur l'infraction ». En 1985, dans le projet de loi établissant aussi le sous-al. 686(1)(b)(iv), l'art. 440.1 a été modifié de nouveau pour arriver au libellé qu'on lui connaît aujourd'hui. Dans les arrêts *R. c. Joinson* (1986), 32 C.C.C. (3d) 542 (C.A.C.-B.), p. 548, et *Bell (Re)*, [1988] B.C.J. No. 1897 (QL) (C.S.), les juges Macfarlane et Shaw ont fait ressortir le parallèle entre le sous-al. 686(1)(b)(iv) et l'art. 485 du *Code criminel*. L'article 485 prévoit maintenant que la compétence du tribunal de première instance à l'égard d'une infraction n'est pas atteinte par le défaut « d'exercice de sa compétence ou du fait que certaines exigences en matière d'ajournement ou de renvoi n'ont pas été observées ».

Bref, le sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code* a été adopté à un moment où la jurisprudence devenait de plus en plus technique et complexe, et où elle en était venue à limiter considérablement la possibilité pour les cours d'appel de conclure qu'une erreur commise au procès ne justifiait pas l'annulation du verdict. Le recours à cette disposition est rare, car le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* permet de régler de façon appropriée les irrégularités de procédure résultant d'une erreur de droit, qui représentent la plupart des irrégularités de procédure. Avant l'adoption du sous-al. 686(1)(b)(iv) en 1985, certaines irrégularités de procédure, qui constituaient pourtant des erreurs de droit, ont été qualifiées d'irrégularités touchant la compétence et les tribunaux ont statué qu'on ne pouvait y remédier en recourant à la disposition réparatrice, parce qu'il y avait eu perte de compétence. Dans ce contexte, il est clair que la nouvelle disposition ne visait pas des irrégularités de procédure anodines qui, dans la mesure où elles constituaient des erreurs de droit, auraient pu de toute façon être corrigées par le recours à la disposition réparatrice. Je souscris à l'opinion exprimée par le juge Goodman dans l'arrêt *Cloutier*, selon laquelle le sous-al. 686(1)(b)(iv) a été adopté afin de remédier à de graves irrégularités de procédure, par ailleurs assimilables à des erreurs

appropriate to infer prejudice without requiring in every case that the accused demonstrate prejudice. The inference may of course be rebutted and the test of prejudice under that subsection should be the same as the no substantial wrong or miscarriage of justice, under s. 686(1)(b)(iii), which has been the subject of extensive pronouncement by this Court.

de droit, dans les cas où, selon la jurisprudence de l'époque, il y avait eu perte de compétence sur la personne, mais non sur l'infraction. Puisque la nouvelle disposition devait viser des irrégularités de procédure graves, j'estime, à l'instar du juge Goodman, qu'il convient d'inférer l'existence d'un préjudice, sans exiger dans tous les cas que l'accusé fasse la preuve d'un préjudice. Il va de soi que cette inférence pourra être réfutée; de plus, le critère d'évaluation du préjudice en application de ce sous-alinéa devrait être le même que celui servant à déterminer s'il s'est produit un tort important ou une erreur judiciaire grave au sens du sous-al. 686(1)(b)(iii), que notre Cour a abondamment examiné.

17

Finally, in my view, if an issue is raised on appeal that cannot be said to constitute an error of law, there is no access to the remedial provisions of s. 686(1)(b). In such a case, the court must determine whether the appeal should be allowed "on any ground [that] there was a miscarriage of justice" under s. 686(1)(a)(iii). If the error alleged is one of mixed fact and law, it may have to be dealt with under s. 686(1)(a)(iii) (see *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233). If an accused were to complain on appeal of having been deprived of the effective assistance of counsel, when the issue had not been raised at trial and therefore the trial judge had made no ruling on it, it could be said that no error of law is alleged, but that the appeal should be allowed on the ground that there was a miscarriage of justice (*R. v. B. (L.C.)* (1996), 104 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.); *R. v. Silvini* (1991), 68 C.C.C. (3d) 251 (Ont. C.A.)). In the same way, if the complaint on appeal was of improper contact between a juror and the accused discovered after the verdict (see *R. v. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96 (Ont. C.A.)), the ground of appeal would be based on s. 686(1)(a)(iii). In such cases, a finding of miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii) cannot in my view be cured under any of the remedial provisions contained in s. 686(1)(b) and the appeal must be allowed.

Enfin, à mon avis, si une question soulevée en appel ne peut être considérée comme une erreur de droit, les dispositions réparatrices de l'al. 686(1)(b) ne peuvent être invoquées. Dans ce cas, le tribunal doit décider s'il y a lieu d'admettre l'appel parce « que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire » au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii). On pourrait avoir recours au sous-al. 686(1)(a)(iii) si l'erreur reprochée porte sur une question mixte de fait et de droit (voir *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233). Si l'accusé se plaint en appel d'avoir été privé de l'assistance effective de son avocat, lorsque la question n'a pas été soulevée au procès et n'a donc pas été tranchée par le juge de première instance, on pourrait affirmer qu'aucune erreur de droit n'est soulevée, mais qu'il y a lieu d'accueillir l'appel parce qu'il y a eu erreur judiciaire (*R. c. B. (L.C.)* (1996), 104 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Ont.); *R. c. Silvini* (1991), 68 C.C.C. (3d) 251 (C.A. Ont.)). De manière analogue, si un appellant invoque un contact inapproprié entre un juré et l'accusé, qui n'a été découvert qu'après le verdict (voir *R. c. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96 (C.A. Ont.)), le moyen d'appel reposera sur le sous-al. 686(1)(a)(iii). En pareilles circonstances, si la cour statue qu'il y a eu erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii), elle ne peut, à mon avis, recourir à l'une des dispositions réparatrices de l'al. 686(1)(b) et elle doit accueillir l'appel.

In summary, when an error or irregularity of a procedural nature has occurred at trial, s. 686 provides that:

- If the procedural irregularity amounts to or is based on an error of law, it falls under ss. 686(1)(a)(ii) and 686(1)(b)(iii).
- If the procedural irregularity was previously (before 1985) classified as an irregularity causing a loss of jurisdiction: s. 686(1)(b)(iv) provides that this is no longer fatal to the conviction, and an analysis of prejudice must be undertaken, in accordance with the principles set out in s. 686(1)(b)(iii).
- If the procedural error did not amount to, or originate in an error of law, which is rare, s. 686(1)(a)(iii) applies and the reviewing court must determine whether a miscarriage of justice occurred. If so, there are no remedial provisions in s. 686(1)(b) that can cure such a defect, and the appeal must be allowed and either an acquittal entered or a new trial ordered.

There is no suggestion in this case that the handing of the unedited transcripts to the jury was an irregularity that triggered a loss of jurisdiction over the person of the accused. Therefore, in my opinion s. 686(1)(b)(iv) has no application. Rather, what the appellant alleges is that the trial judge erred in law in refusing to declare a mistrial. We must analyse this argument under the more common route of determining whether that refusal was an error, and if so, whether it is curable under the proviso in s. 686(1)(b)(iii).

B. Sections 686(1)(a)(ii) and 686(1)(b)(iii)

I must say at the outset that I disagree, with the greatest respect, with the interpretation that my colleague LeBel J. gives to s. 686(1)(a)(ii) which would restrict the concept of error of law to an error on which the judgment was or could have been based so as to prejudice the accused. I am not aware

En résumé, lorsqu'une erreur ou une irrégularité de nature procédurale survient au cours du procès, l'art. 686 prévoit ce qui suit :

- Si l'irrégularité de procédure est assimilable à une erreur de droit ou découle d'une erreur de droit, elle est régie par les sous-al. 686(1)(a)(ii) et 686(1)(b)(iii).
- Si l'irrégularité de procédure était antérieurement (avant 1985) considérée comme une irrégularité entraînant une perte de compétence : en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iv), cette perte de compétence n'est désormais plus fatale à la déclaration de culpabilité et il faut procéder à une analyse du préjudice en conformité avec les principes énoncés au sous-al. 686(1)(b)(iii).
- Si l'erreur de procédure n'est pas assimilable à une erreur de droit ou ne tire pas son origine d'une telle erreur, ce qui est rare, le sous-al. 686(1)(a)(iii) s'applique et la cour d'appel doit déterminer s'il y a eu erreur judiciaire. Dans l'affirmative, l'al. 686(1)(b) ne peut corriger un tel vice et la cour doit accueillir l'appel, soit en rendant un verdict d'acquiescement, soit en ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

En l'espèce, rien ne donne à penser que la remise au jury de la transcription non épurée constituait une irrégularité qui a entraîné une perte de compétence sur la personne de l'accusé. Je suis donc d'avis que le sous-al. 686(1)(b)(iv) ne s'applique pas. L'appellant soutient plutôt que la juge du procès a commis une erreur de droit en refusant de déclarer le procès nul. Nous devons analyser cet argument en utilisant la démarche plus courante consistant à déterminer si ce refus constituait une erreur et, le cas échéant, s'il est possible d'y remédier par application du sous-al. 686(1)(b)(iii).

B. Les sous-alinéas 686(1)(a)(ii) et 686(1)(b)(iii)

Je dois dire d'emblée que je ne peux, en toute déférence, souscrire à l'interprétation que mon collègue le juge LeBel a donnée du sous-al. 686(1)(a)(ii) et dont l'effet serait de limiter le concept d'erreur de droit à une erreur sur laquelle le jugement était fondé ou aurait pu être fondé, portant ainsi préjudice

of any authority which has restricted the concept of error of law in that fashion, and I am not persuaded that it is mandated by the textual reading of the section either in French or in English. In fact, in both languages, s. 686(1)(a) distinguishes between “verdict” and “judgment”. In s. 686(1)(a)(i), the *Code* provides that the appeal may be allowed if “the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence” (emphasis added). In French, the word “*verdict*” is used in that subparagraph.

à l’accusé. Je ne connais aucune décision qui a ainsi limité le concept d’erreur de droit et je ne suis pas convaincue que c’est l’interprétation que commande le libellé de cette disposition, que ce soit dans sa version anglaise ou française. En fait, dans les deux versions, l’al. 686(1)a) distingue le « verdict » du « jugement ». Le sous-alinéa 686(1)a)(i) du *Code* prévoit que la cour d’appel peut admettre l’appel si « le verdict devrait être rejeté pour le motif qu’il est déraisonnable ou ne peut pas s’appuyer sur la preuve » (je souligne). Dans la version anglaise de ce sous-alinéa, on utilise le terme « *verdict* ».

21 In contrast, in s. 686(1)(a)(ii) the *Code* provides that the appeal may be allowed if “the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law” (emphasis added). In French the word “*jugement*” is also used in that section.

Par contraste, le *Code* dispose au sous-al. 686(1)a)(ii) que la cour d’appel peut admettre l’appel si « le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit » (je souligne). La version anglaise de ce sous-alinéa contient également le terme « *judgment* ».

22 In my opinion, even a textual interpretation supports the view that the judgment based on an error of law need not be linked to the final verdict but can be any decision, obviously having contributed to the ultimate verdict as they all do, that was an erroneous interpretation or application of the law.

À mon sens, même une interprétation littérale étaye le point de vue selon lequel il n’est pas nécessaire que le jugement fondé sur une erreur de droit soit lié au verdict final; il peut s’agir de toute décision, ayant évidemment contribué au verdict final comme c’est toujours le cas, qui constitue une interprétation ou une application erronée du droit.

23 I see no authority to support the notion that only errors of law containing an element of unfairness or prejudice would constitute errors of law in that context. The determination of whether the error of law was prejudicial to the accused, and if so to what extent, is an analysis traditionally reserved for, and rightly so, the remedial proviso in s. 686(1)(b)(iii), with the burden then appropriately placed on the Crown to satisfy the reviewing court that despite the error no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

Je ne connais aucune source à l’appui de la notion que seules les erreurs de droit comportant un élément d’iniquité ou de préjudice sont susceptibles de constituer des erreurs de droit dans ce contexte. La question de savoir si l’erreur de droit a été préjudiciable à l’accusé et, le cas échéant, dans quelle mesure, se pose traditionnellement et à juste titre dans le cadre de l’application de la disposition réparatrice énoncée au sous-al. 686(1)b)(iii); il incombe alors à bon droit au ministère public de convaincre la cour d’appel que, malgré l’erreur, aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit.

24 I will only refer briefly to some of the abundant jurisprudence under s. 686 of the *Code* in order to establish the parameters of the application both of paras. (a) and (b) of s. 686(1). Nothing needs to be said in this case about s. 686(1)(a)(i), which outlines the power of the court of appeal to allow an

Pour établir les paramètres de l’application des al. a) et b) du par. 686(1), je me contenterai de mentionner brièvement certaines décisions parmi l’abondante jurisprudence portant sur l’art. 686 du *Code*. Il n’est pas nécessaire en l’espèce de traiter du sous-al. 686(1)a)(i), qui décrit le pouvoir de la

appeal on the basis that the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence.

Apart from unreasonable verdict cases, it is fair to say that most matters that are brought as grounds of appeal against conviction in criminal cases are characterized as errors of law within the meaning of s. 686(1)(a)(ii). In some cases, when the court has concluded that the error alleged was not strictly speaking an error of law, but at most an error of mixed fact and law, it has characterized the issue as falling under s. 686(1)(a)(iii), that is, whether it was a miscarriage of justice. In such a case, further use of the proviso is obviously precluded and the appeal must be allowed. (See *Fanjoy, supra.*) As indicated earlier, I believe that the appeal in this case is entirely governed by the provisions of ss. 686(1)(a)(ii) and 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, and that ss. 686(1)(a)(iii) and 686(1)(b)(iv) are not engaged.

Most of the case law dealing with the nature of the error of law contemplated by s. 686(1)(a)(ii) arises in the context of the curative proviso which brings about an assessment of the nature and the seriousness of the error. There are essentially two classes of errors which have been identified by reviewing courts and which have led to a proper application of the proviso. The first category is that of so-called “harmless errors”, or errors of a minor nature having no impact on the verdict. The second category encompasses serious errors which would justify a new trial, but for the fact that the evidence adduced was seen as so overwhelming that the reviewing court concludes that there was no substantial wrong or miscarriage of justice.

In every case, if the reviewing court concludes that the error, whether procedural or substantive, led to a denial of a fair trial, the court may properly characterize the matter as one where there was a miscarriage of justice. In that case, no remedial provision

cour d’appel d’admettre un appel si elle estime que le verdict est déraisonnable ou ne peut s’appuyer sur la preuve.

Abstraction faite des verdicts déraisonnables, il est juste d’affirmer que la plupart des situations invoquées comme moyens d’appel à l’encontre d’une déclaration de culpabilité en matière pénale sont classées comme des erreurs de droit au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii). Dans certains cas, lorsque le tribunal a conclu que l’erreur reprochée ne constituait pas une erreur de droit au sens strict, mais tout au plus une erreur mixte de fait et de droit, il a décrit la question comme visée par le sous-al. 686(1)(a)(iii), c’est-à-dire qu’il s’agissait de déterminer s’il y avait eu erreur judiciaire. En pareil cas, il n’est évidemment pas possible de recourir à la disposition réparatrice et l’appel doit être accueilli. (Voir *Fanjoy, précité.*) Comme je l’ai indiqué précédemment, j’estime que ce sont les sous-al. 686(1)(a)(ii) et 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* qui régissent entièrement le présent pourvoi et que les sous-al. 686(1)(a)(iii) et 686(1)(b)(iv) ne s’appliquent pas.

La plupart des décisions sur la nature de l’erreur de droit visée par le sous-al. 686(1)(a)(ii) ont été rendues dans le contexte de l’application de la disposition réparatrice, qui donne lieu à une évaluation de la nature et de la gravité de l’erreur. Les cours d’appel ont relevé essentiellement deux catégories d’erreurs qui enclenchent, à bon droit, l’application de la disposition réparatrice. La première catégorie est celle des erreurs dites « erreurs inoffensives », ou des erreurs négligeables qui n’ont aucune incidence sur le verdict. La seconde catégorie englobe de graves erreurs qui justifieraient la tenue d’un nouveau procès, si ce n’était que la cour d’appel juge la preuve présentée accablante au point de conclure qu’aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s’est produit.

Dans tous les cas, si la cour d’appel conclut que l’erreur, de nature procédurale ou substantielle, a privé l’accusé d’un procès équitable, elle peut à bon droit statuer qu’il y a eu erreur judiciaire. Aucune disposition réparatrice ne s’applique alors et l’appel

25

26

27

is available and the appeal must be allowed. I will now examine these propositions in more detail.

28

This Court has enunciated on numerous occasions the proper test for the application of the curative proviso (see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599). It can only be applied where there is no “reasonable possibility that the verdict would have been different had the error . . . not been made” (*Bevan, supra*, at p. 617).

29

The jurisprudence reveals that the proviso will generally be applied, in accordance with the above principles, in two types of situations. A. W. Mewett has described the two possible approaches in “No Substantial Miscarriage of Justice”, in A. N. Doob and E. L. Greenspan, eds., *Perspectives in Criminal Law* (1985), 81, at p. 94:

What we see are again two fundamentally different views of the application of the proviso. One view proceeds on the basis of asking whether, absent the error or wrongly admitted evidence, the rest of the evidence is so overwhelming as to make the outcome of a retrial a virtual certainty; the other of asking whether, ignoring the rest of the evidence, the jury might have been influenced by the error or the wrongly admitted evidence.

On the one hand, appellate courts will maintain a conviction in spite of the errors of law where such errors were either minor in themselves or had no effect on the verdict and caused no prejudice to the accused. This accords with the original purpose of the section, as described early on by Taschereau J., writing for the majority of this Court, in *Chibok v. The Queen* (1956), 24 C.R. 354, at p. 359:

It would indeed be a shocking impediment to the proper administration of criminal justice, if criminals were allowed to go free because of a trivial error in law or of an oversight of no material consequence. [Emphasis added.]

As stated by Lamer C.J., for the Court, in *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, at p. 1008, “[s]ection

doit être accueilli. J’examinerai maintenant ces propositions de façon plus détaillée.

Notre Cour a énoncé à plusieurs reprises le critère d’application de la disposition réparatrice (voir *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599). Ce critère ne peut s’appliquer que lorsqu’il n’existe aucune « possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur » (*Bevan, précité*, p. 617).

La jurisprudence révèle qu’en règle générale la disposition réparatrice s’appliquera, conformément aux principes énoncés précédemment, dans deux types de situations. A. W. Mewett a décrit les deux démarches possibles dans « No Substantial Miscarriage of Justice », dans A. N. Doob et E. L. Greenspan, dir., *Perspectives in Criminal Law* (1985), 81, p. 94 :

[TRADUCTION] Nous constatons encore deux points de vue diamétralement opposés quant à l’application de la disposition. L’un pose la question de savoir si, en l’absence de l’erreur ou de la preuve admise à tort, le reste de la preuve est à ce point accablante qu’elle rend l’issue du nouveau procès quasi certaine; l’autre soulève la question de savoir si, abstraction faite du reste de la preuve, le jury aurait pu être influencé par l’erreur ou par la preuve admise à tort.

Les cours d’appel confirmeront une déclaration de culpabilité, malgré les erreurs de droit, lorsque celles-ci sont en soi négligeables ou n’ont eu aucune incidence sur le verdict et n’ont causé aucun préjudice à l’accusé. Cette pratique est compatible avec l’objet initial de la disposition que le juge Taschereau, s’exprimant au nom des juges majoritaires de notre Cour dans *Chibok c. The Queen* (1956), 24 C.R. 354, a décrit dès le début de la manière suivante à la p. 359 :

[TRADUCTION] En permettant la libération des criminels pour une erreur de droit négligeable ou pour une omission ne portant pas à conséquence, on entraverait scandaleusement la bonne administration de la justice en matière pénale. [Je souligne.]

Pour reprendre les propos tenus par le juge en chef Lamer au nom de la Cour dans *R. c. Tran*, [1994] 2

686(1)(b)(iii) is designed to avoid the necessity of setting aside a conviction for minor or ‘harmless’ errors of law where the Crown can establish that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.”

The case law is replete with examples of situations where either the triviality of the error itself, or the lack of prejudice caused by a more serious error of law, justified the application of the curative proviso (see *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. MacGillivray*, [1995] 1 S.C.R. 890; *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Gunn v. The Queen*, [1974] S.C.R. 273; *Chibok, supra*; *R. v. Klatt* (1994), 94 C.C.C. (3d) 147 (Alta. C.A.); *R. v. Wong* (1992), 12 B.C.A.C. 211). In all those cases, the appellate courts were convinced that the error could have had no effect on the verdict. Because of the nature of the errors and of the issues with respect to which they were made, it was possible to trace their effect on the verdict and ensure that they made no difference. Generally, the errors concerned evidence that was insignificant to the determination of guilt or innocence (*Gunn, supra*; *Wong, supra*; *United Nurses, supra*; *Klatt, supra*) or benefited the accused by imposing a more onerous standard on the Crown (*MacGillivray, supra*; *Haughton, supra*). Errors in the charge to the jury respecting a very minor aspect of the case that could not have had any effect on the outcome or concerning issues that the jury was otherwise necessarily aware of were also cured by the application of the proviso (*Jacquard, supra*; *Jolivet, supra*; *Ménard, supra*; *Chibok, supra*). Similarly, in some cases the errors concerned preliminary findings that would nevertheless, as a matter of law, inevitably have resulted in the same finding made by the trial judge (*Rockey, supra*; *Stone, supra*).

R.C.S. 951, p. 1008, « [I]e sous-alinéa 686(1)(b)(iii) est conçu pour éviter d’avoir à annuler une déclaration de culpabilité pour des erreurs de droit négligeables ou “inoffensives” lorsque le ministère public peut établir qu’aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit. »

La jurisprudence regorge d’exemples de situations où le caractère anodin de l’erreur ou l’absence de préjudice résultant d’une erreur de droit plus grave ont justifié l’application de la disposition réparatrice (voir *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. MacGillivray*, [1995] 1 R.C.S. 890; *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Gunn c. La Reine*, [1974] R.C.S. 273; *Chibok*, précité; *R. c. Klatt* (1994), 94 C.C.C. (3d) 147 (C.A. Alb.); *R. c. Wong* (1992), 12 B.C.A.C. 211). Dans toutes ces affaires, les cours d’appel étaient convaincues que l’erreur n’avait pu avoir aucune incidence sur le verdict. En raison de la nature des erreurs et des questions auxquelles elles se rapportaient, il était possible d’en déterminer les incidences sur le verdict et de s’assurer qu’elles n’y avaient rien changé. En général, les erreurs portaient sur des éléments de preuve qui ne revêtaient pas d’importance quant à la détermination de la culpabilité ou de l’innocence (*Gunn*, précité; *Wong*, précité; *United Nurses*, précité; *Klatt*, précité) ou qui bénéficiaient à l’accusé en imposant un fardeau de preuve plus lourd au ministère public (*MacGillivray*, précité; *Haughton*, précité). L’application de la disposition réparatrice a également permis de remédier à des erreurs dans l’exposé au jury concernant un aspect très mineur de l’affaire qui n’aurait pas pu avoir d’incidence sur son issue ou des questions dont le jury était forcément au courant (*Jacquard*, précité; *Jolivet*, précité; *Ménard*, précité; *Chibok*, précité). De manière analogue, dans certains cas, les erreurs visaient des conclusions préliminaires qui auraient néanmoins, en droit, mené inévitablement à la même conclusion que celle tirée par le juge du procès (*Rockey*, précité; *Stone*, précité).

31

In addition to cases where only a minor error or an error with minor effects is committed, there is another class of situations in which s. 686(1)(b)(iii) may be applied. This was described in the case of *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 916, where, after stating the rule that an accused is entitled to a new trial or an acquittal if errors of law are made, Sopinka J. wrote:

There is, however, an exception to this rule in a case in which the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. In such circumstances, depriving the accused of a proper trial is justified on the ground that the deprivation is minimal when the invariable result would be another conviction.

Therefore, it is possible to apply the curative proviso even in cases where errors are not minor and cannot be said to have had only a minor effect on the trial, but only if it is clear that the evidence pointing to the guilt of the accused is so overwhelming that any other verdict but a conviction would be impossible (see *R. v. Nijjar*, [1998] 1 S.C.R. 320; *Alward v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 559; *Ambrose v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 717; *Dufresne v. La Reine*, [1988] R.J.Q. 38 (C.A.); *R. v. Welch* (1980), 5 Sask. R. 175 (C.A.)).

C. Application to this Case

32

This case in my view does not require an assessment of the overall strength of the Crown's case at trial. Here, when asked to declare a mistrial, the trial judge was essentially asked the same question as the one before us, that is, whether it was likely that the exposure by the jury to the tainted transcripts could have affected the jury to the point that the entire trial was compromised and that no remedy other than a new trial was available.

33

I think that for the purpose of this appeal, we must assume that the jury read the transcript that it had in its possession, including the impugned passage. It would of course be easy to dismiss the appeal

Outre les cas où l'erreur commise n'est que mineure ou n'entraîne que des conséquences mineures, il existe une autre catégorie de cas susceptibles de donner lieu à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii). Cette catégorie a été décrite dans l'arrêt *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, p. 916, où, après avoir énoncé la règle voulant que l'accusé ait droit à un nouveau procès ou à un acquittement lorsque des erreurs de droit se produisent, le juge Sopinka a déclaré :

Il existe cependant une exception à cette règle lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Dans ce cas, il est justifié de priver l'accusé d'un procès régulier puisque cette privation est minime lorsque le résultat serait forcément une autre déclaration de culpabilité.

Par conséquent, il est possible d'appliquer la disposition réparatrice même lorsque les erreurs ne sont pas mineures et ne peuvent être considérées comme n'ayant eu qu'une incidence mineure sur le procès, mais uniquement lorsqu'il est clair que la preuve tendant à établir la culpabilité de l'accusé est à ce point accablante qu'il serait impossible d'obtenir un verdict autre qu'une déclaration de culpabilité (voir *R. c. Nijjar*, [1998] 1 R.C.S. 320; *Alward c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 559; *Ambrose c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 717; *Dufresne c. La Reine*, [1988] R.J.Q. 38 (C.A.); *R. c. Welch* (1980), 5 Sask. R. 175 (C.A.)).

C. Application au présent pourvoi

À mon avis, les faits du présent pourvoi n'exigent pas une appréciation de la valeur globale de la preuve présentée par le ministère public au procès. En l'espèce, lorsqu'on a demandé à la juge du procès de déclarer le procès nul, on lui a essentiellement posé la même question que celle dont nous sommes saisis : le fait que le jury a été exposé à la transcription irrégulière a-t-il pu vraisemblablement l'influencer au point de compromettre le procès en entier et de ne laisser, à titre de réparation, que la possibilité de la tenue d'un nouveau procès?

Je suis d'avis que, pour trancher le présent pourvoi, nous devons tenir pour acquis que le jury a pris connaissance de la transcription dont il disposait, y compris du passage contesté. Il serait évidemment

on the assumption that the jury probably never read the portion that it should not have received. Such an approach would, in my opinion, be totally unfounded. The jury asked for some materials, and it received them. They had the transcripts for several hours. It would be bizarre in my view to assume that having asked for the transcripts, they did not read them. Moreover, the part that should not have been given to them stood out in the transcript with the heading: "JURY OUT AT 11:38 A.M." That might have attracted their attention. In any event, as a matter of law, I cannot see how speculation helps either way. We must assume that there was at least a real possibility that the jury was exposed to these materials and at this stage we cannot probe further as to the consequences. The appellant is entitled to advance his case on the basis of the real possibility of the worst case scenario.

Contrary to my colleague LeBel J., I also think that we cannot speculate that if the jury read the impugned passage it must have assumed that defence counsel was merely raising a hypothesis, rather than asserting that his client had made statements that had been ruled inadmissible. Although I understand the interpretation given by my colleague, which emphasises the hypothetical turn of phrase in the passage in question, I think that read in context it more likely lends itself to the interpretation that defence counsel was referring to excluded statements actually made by his client. I would not go as far as suggesting, as counsel for the appellant does, that the passage inevitably implies that the appellant made a confession which was excluded. Read in full, the passage refers to several matters that were not in evidence when the argument took place in the absence of the jury. In my view, a fair assessment of the impact that the transcript could have had on the jury must be made on the assumption that they read it and understood that counsel for the appellant was concerned that the jury should not find out that his client had made statements

facile de rejeter le pourvoi en supposant que le jury n'a probablement jamais lu l'extrait qu'il n'aurait pas dû recevoir. J'estime qu'une telle démarche serait dénuée de tout fondement. Les jurés ont demandé à recevoir certains documents et ils les ont reçus. Ils ont eu la transcription en leur possession pendant plusieurs heures. Il serait à mon avis inusité de supposer que les jurés n'ont pas lu la transcription, alors qu'ils l'ont eux-mêmes demandée. Qui plus est, le passage qui n'aurait pas dû être communiqué aux jurés ressortait dans la transcription, car il était précédé du titre suivant : [TRADUCTION] « LE JURY SE RETIRE À 11 H 38. » Ce titre a pu attirer l'attention des jurés. Quoi qu'il en soit, je ne vois pas comment les conjectures peuvent, en droit, se révéler utiles dans un sens ou dans l'autre. Nous devons supposer qu'il existait à tout le moins une possibilité réelle que le jury ait été exposé à ces documents et, à ce stade-ci, nous ne pouvons tenter d'en déterminer plus précisément les conséquences. L'appellant peut faire valoir ses prétentions en se fondant sur la possibilité réelle que la pire éventualité se soit réalisée.

En outre, contrairement à mon collègue le juge LeBel, j'estime que nous ne pouvons supposer que, si le jury a lu le passage contesté, il a nécessairement pensé que l'avocat de la défense n'avait soulevé qu'une simple hypothèse, plutôt qu'affirmé que son client avait fait des déclarations jugées inadmissibles. Même si je comprends l'interprétation retenue par mon collègue, qui met l'accent sur la forme hypothétique du passage en question, j'estime que ce passage, lu en contexte, se prête davantage à l'interprétation selon laquelle l'avocat de la défense faisait allusion à des déclarations que son client avait réellement faites et qui avaient été exclues. Je n'irais pas jusqu'à affirmer, comme le fait l'avocat de l'appellant, que le passage en question laissait forcément entendre que l'appellant avait fait un aveu qui avait été exclu. On constate, à la lecture de ce passage en entier, qu'il renvoie à plusieurs questions qui ne faisaient pas partie de la preuve au moment où la discussion a eu lieu en l'absence du jury. À mon sens, une évaluation objective de l'influence que la transcription a pu avoir sur les jurés doit reposer sur la présomption que ceux-ci ont lu la transcription et qu'ils ont compris que l'avocat de l'appellant

that the court had ruled inadmissible; no more, no less.

craignait qu'ils apprennent que l'appelant avait fait des déclarations jugées inadmissibles par le tribunal; ni plus, ni moins.

35 I also think that this is what the trial judge understood, and that is why she cautioned the jury exactly as she did. She did not identify specifically the passages at issue, so as not to aggravate the damage, if any, but she clearly instructed the jury to disregard references to all matters that were not properly in evidence before them.

À mon avis, c'est ce que la juge du procès a compris et c'est pourquoi elle a mis le jury en garde comme elle l'a fait. Elle n'a pas précisé quels étaient les passages visés de manière à ne pas aggraver le préjudice, le cas échéant, mais elle a clairement demandé aux jurés de faire abstraction de toute mention d'une question qui ne leur avait pas été régulièrement soumise en preuve.

36 The trial judge was obviously concerned with the effect and consequences of what had transpired and she took seriously the application for a mistrial. I share that concern. However, in my view, she made no error when she exercised her discretion to deny the motion for a mistrial, nor did she err in declining to enter a mistrial after the jury had returned its verdict. The trial judge was in a privileged position to assess the possible impact of the mishap on the jury and the effectiveness of the sharp warning that she issued. There is no basis upon which I could say that she was wrong in that fine judgment call. The information before the jury was at most an innuendo. At the very end of a murder trial, the jury would have come to appreciate the existence of rules of evidence that govern the relevant materials upon which they are called to make a decision. Taking the case at its highest from the appellant's point of view, I believe that the admonition issued by the trial judge to the jury was sufficient to remedy any ill effect that the unedited transcripts might have had on the jury.

La juge du procès s'inquiétait manifestement des conséquences de ce qui s'était passé et elle a pris au sérieux la requête en annulation du procès. Je partage cette inquiétude. Cependant, j'estime qu'elle n'a pas commis d'erreur en rejetant la requête dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et qu'elle n'a pas non plus commis d'erreur en refusant de déclarer le procès nul après le verdict du jury. La juge du procès se trouvait dans une position privilégiée pour évaluer l'impact possible de l'erreur sur le jury, de même que l'efficacité de sa mise en garde ferme. Aucun élément ne me permet d'affirmer qu'elle a commis une erreur en rendant sa décision sur cette question délicate. L'information révélée au jury constituait tout au plus une insinuation. À la toute fin d'un procès pour meurtre, les jurés devraient être en mesure de comprendre l'existence de règles de preuve régissant l'utilisation des éléments pertinents à partir desquels ils sont appelés à rendre une décision. En supposant le pire du point de vue de l'appelant, je suis d'avis que la mise en garde adressée au jury par la juge du procès suffisait à remédier à tout effet préjudiciable que la transcription non épurée aurait pu avoir sur le jury.

37 Therefore, the trial judge did not err in rejecting the motion for a mistrial, and there is no need to turn to the proviso. I must add that if I had concluded that a mistrial should have been declared, I cannot see how such an error could have been cured by the proviso. For the same reasons, I do not think it can be said in this case that there was a miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii).

Par conséquent, la juge du procès n'a pas commis d'erreur en rejetant la requête en annulation du procès et il n'y a pas lieu de s'interroger sur l'application de la disposition réparatrice. Je dois ajouter que, si j'avais conclu que le procès aurait dû être annulé, je ne vois pas comment cette disposition aurait pu remédier à une telle erreur. Pour les mêmes motifs, je ne crois pas qu'on puisse affirmer en l'espèce qu'il y a eu erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii).

I agree with LeBel J. on the ground of appeal dealing with the jury selection process. For these reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. — In this appeal, we are asked to determine whether a conviction should be reversed on the grounds that a transcript revealing conversations which occurred during a *voir dire* was inadvertently given to the jury during its deliberations. This calls upon the interpretation and application of s. 686(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, governing the powers of a court of appeal. The main issue in this appeal is to determine whether the remedial provision of s. 686(1)(b) should apply.

I. Facts and Trial Judgment

On February 13, 1998, after a trial before Madam Justice Keyser and a jury, the appellant, Mohamed Ameerulla Khan, was convicted of the first degree murder of his wife, Sureta Khan. This was his third trial. Previous convictions had been set aside by the Manitoba Court of Appeal.

The appellant claimed to have discovered his deceased wife in the bathtub of their home at 6:55 p.m. on January 4, 1994 and to have then telephoned 911. The appellant's call was transferred to a first responder who instructed him to leave his wife in the bathtub and drain the water, and that help would arrive very shortly. Resuscitation attempts were unsuccessful.

The Crown asserted that the appellant had killed his wife. Its evidence was mainly circumstantial. A pathologist, Dr. John Kelly Martin MacDonald, who was recognized as an expert in forensic pathology, testified for the Crown as to the possible circumstances of the death. The Court of Appeal summarized Dr. MacDonald's evidence in the following manner ((1999), 138 Man. R. (2d) 23, at para. 9):

Dr. MacDonald testified positively that the deceased did not die in the bathtub either by wet or dry drowning.

Je partage l'avis du juge LeBel sur le moyen d'appel concernant le processus de sélection du jury. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL — Dans le présent pourvoi, on demande à notre Cour de décider si une déclaration de culpabilité devrait être annulée au motif que le jury a, dans le cadre de ses délibérations, reçu par mégarde une transcription révélant des conversations tenues au cours d'un voir-dire. Cette question met en cause l'interprétation et l'application du par. 686(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui régit les pouvoirs d'une cour d'appel. Le présent pourvoi soulève principalement la question de savoir si la disposition réparatrice énoncée à l'al. 686(1)(b) devrait s'appliquer.

I. Les faits et le jugement de première instance

Le 13 février 1998, au terme d'un procès tenu devant madame le juge Keyser et un jury, l'appellant Mohamed Ameerulla Khan a été déclaré coupable du meurtre au premier degré de son épouse, Sureta Khan. Il s'agissait de son troisième procès. La Cour d'appel du Manitoba avait annulé les déclarations de culpabilité antérieures.

L'appellant a affirmé avoir découvert son épouse morte dans la baignoire de leur domicile, le 4 janvier 1994 à 18 h 55, et avoir alors composé le 911. L'appel a été transféré à un premier intervenant. Celui-ci a dit à l'appellant de laisser son épouse dans la baignoire et de vider l'eau et lui a affirmé que de l'aide arriverait sous peu. Les tentatives de réanimation ont été vaines.

Le ministère public a soutenu que l'appellant avait tué son épouse. Sa preuve était principalement de nature circonstancielle. Le D^f John Kelly Martin MacDonald, un pathologiste qu'on a reconnu comme expert en médecine légale, a témoigné pour le ministère public quant aux circonstances possibles du décès. La Cour d'appel a résumé ainsi la déposition du D^f MacDonald ((1999), 138 Man. R. (2d) 23, par. 9) :

[TRADUCTION] Le D^f MacDonald a affirmé catégoriquement dans son témoignage que la défunte n'est

38

39

40

41

42

In his opinion, she died from asphyxiation, but in an unknown manner. He estimated the time of death to be between two and four hours before the first responders observed her, which would fix the time of death to be between 3:00 p.m. and 5:00 p.m.

43 Dr. MacDonald's opinion as to the time of death was based on the extent of rigor mortis found in the deceased's body by the first responders and on her core body temperature recorded at the hospital shortly after she was transported there at approximately 8:30 p.m.

44 Dr. MacDonald's opinion that the deceased did not die in the bathtub was based on the absence of "washerwoman changes or syndrome" on her body. "Washerwoman syndrome" may be described as changes in the skin condition that result from being immersed in water. According to Dr. MacDonald, if the deceased was in cool water, which would reduce the extent of washerwoman changes, he would not have expected the extent of rigor which was observed by the first responders.

45 Dr. MacDonald further testified that in his opinion asphyxia or oxygen starvation was the cause of death. Although the mode of asphyxiation was unclear, Dr. MacDonald was of the opinion that the death could not be classified as being of undetermined origin. Dr. MacDonald testified as follows:

I think her mode of asphyxia is undetermined. If she was not discovered in the bathtub, I think the — it may very well be an undetermined death, but given the fact that she was in the bathtub when the information that would argue that she has been dead at least a couple of hours and she does not have the washerwoman's changes, that she did not die in the bathtub, so I have great reluctance having the idea that natural deaths walk, let alone undetermined deaths walk. I do not think I could classify this or not argue with someone who wished to classify this cause of death as undetermined.

pas décédée dans la baignoire par noyade primaire, ni par noyade secondaire. À son avis, elle est morte par asphyxie, mais on ignore comment le décès est survenu. Il a estimé que le décès est survenu de deux à quatre heures avant que les premiers intervenants examinent le corps, ce qui établirait le moment du décès quelque part entre 15 h et 17 h.

L'avis exprimé par le D^r MacDonald quant au moment du décès se fondait sur l'état de rigidité dans lequel les premiers intervenants ont découvert le cadavre de la défunte et sur la température corporelle de la défunte mesurée à l'hôpital peu de temps après qu'elle y eut été transportée, soit vers 20 h 30.

L'avis du D^r MacDonald que la défunte n'est pas décédée dans la baignoire repose sur le fait que son corps ne présentait pas de signes liés aux [TRADUCTION] « changements ou syndrome de la blanchisseuse ». On peut décrire le [TRADUCTION] « syndrome de la blanchisseuse » comme une altération cutanée causée par l'immersion de la peau dans l'eau. Si la défunte avait été immergée dans de l'eau fraîche, ce qui aurait atténué l'importance des changements liés au syndrome de la blanchisseuse, le D^r MacDonald ne se serait pas attendu à ce que le corps de la défunte soit aussi rigide que l'ont constaté les premiers intervenants.

Le D^r MacDonald a en outre affirmé qu'à son avis le décès a été causé par l'asphyxie ou par le manque d'oxygène. Quoiqu'il subsiste des doutes quant au mode d'asphyxie, le D^r MacDonald a estimé que le décès ne pouvait être considéré comme de cause inconnue. Le D^r MacDonald s'est exprimé comme suit :

[TRADUCTION] À mon avis, on ne sait pas comment elle a été asphyxiée. Si elle n'avait pas été trouvée dans la baignoire, je crois que — il pourrait fort bien s'agir d'un décès dont la cause est inconnue, mais les indices montrent qu'elle n'est pas décédée dans la baignoire, car son décès remontait à deux heures au moins et elle ne montrait pas de signes liés au syndrome de la blanchisseuse; comme il m'est difficile de concevoir que les morts de cause naturelle se déplacent — et à plus forte raison ceux dont le décès est de cause inconnue, je ne saurais me résoudre à classer le décès comme de cause inconnue et j'aurais bien du mal à ne pas répliquer si quelqu'un prétendait le classer ainsi.

The appellant relied on a defence of alibi. However, he did not testify during the trial. Rather, evidence as to the appellant's whereabouts on the day in question was provided by an acquaintance, Mr. Marshall Ross, and through the filing of two exhibits. Mr. Ross indicated that the appellant arrived at his home at 3:40 p.m. in order to do some work on his daughter's car. He added that, at 4:01 p.m., the deceased called to speak to the appellant. Finally, Mr. Ross stated that the appellant left his home at 5:00 p.m. His recollection of the time of departure was an estimate based on the time he sat down for dinner and the time it would have taken his wife to prepare the meal from the time the appellant left. Although Mr. Ross was a witness called by the Crown, counsel for the Crown, in his closing arguments, suggested that Mr. Ross' recollection as to the time of departure was incorrect and that, in fact, the appellant left his residence earlier. After the appellant left the Ross home, Mr. Ross heard from him a few minutes prior to 7:00 p.m., when the appellant called to tell him that his wife was lying in the bathtub and appeared not to be breathing. The appellant then requested that Mr. Ross come over.

Also presented into evidence was a receipt from an automated teller machine that confirms that the appellant received \$60 from a machine at 5:33 p.m. on the relevant date. The machine was located five minutes away from the appellant's residence. Moreover, the appellant produced a receipt from a pharmacy indicating that a prescription order was received at 5:44 p.m. and paid for at 6:35 p.m.

The evidence also established that the deceased was heavily insured and that the appellant was the beneficiary. The Crown's theory was that the appellant was the only person with access to the house, with a motive and with the opportunity to kill the deceased. The theory of the defence was that the death was unexplained, that the autopsy was inconclusive and that there was insufficient evidence of foul play.

L'appelant a invoqué une défense d'alibi. Il n'a cependant pas témoigné au procès. La preuve relative aux allées et venues de l'appelant ce jour-là s'est plutôt résumée au témoignage d'une connaissance, M. Marshall Ross, et au dépôt de deux pièces. M. Ross a indiqué que l'appelant était arrivé à sa résidence à 15 h 40 pour effectuer quelques travaux sur la voiture de sa fille. Il a ajouté que la défunte a téléphoné pour parler à l'appelant à 16 h 01. Enfin, M. Ross a affirmé que l'appelant a quitté sa résidence à 17 h. L'heure du départ dont il se souvient est approximative, car il l'a calculée en fonction du moment où il s'est mis à table pour souper et du temps que son épouse aurait pris pour préparer le souper à partir du moment où l'appelant a quitté sa résidence. Bien que M. Ross ait été appelé comme témoin par le ministère public, le procureur de la Couronne a laissé entendre, lors de son exposé final, que le souvenir de M. Ross sur le moment du départ de l'appelant était inexact et que celui-ci avait en fait quitté sa résidence plus tôt. Après son départ de la résidence des Ross, l'appelant a reparlé à M. Ross quelques minutes avant 19 h, lorsqu'il l'a appelé pour lui dire que son épouse gisait dans la baignoire et qu'elle ne semblait pas respirer. L'appelant a alors demandé à M. Ross de se rendre chez lui.

Un reçu d'un guichet automatique confirmant qu'à la date pertinente l'appelant a retiré 60 \$ à 17 h 33 a aussi été déposé en preuve. Le guichet était situé à cinq minutes de la résidence de l'appelant. L'appelant a également produit en preuve un reçu provenant d'une pharmacie indiquant qu'une ordonnance avait été reçue à 17 h 44 et qu'elle avait été payée à 18 h 35.

La preuve montre également que la défunte était protégée par une police d'assurance d'un montant élevé dont l'appelant était le bénéficiaire. Selon la thèse du ministère public, l'appelant était la seule personne qui avait accès à la maison, qui avait un mobile pour tuer la défunte et qui en avait la possibilité. D'après la thèse de la défense, le décès restait inexpliqué, puisque l'autopsie n'était pas concluante et qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve qu'un crime avait été commis.

46

47

48

49

During the course of its deliberations, the jury requested transcripts of Dr. MacDonald's testimony. Approximately six and a half hours after the transcripts were delivered to the jury, it was discovered that the copy of the transcript given to the jury inadvertently contained the record of matters discussed by counsel and the Court in the absence of the jury during a *voir dire*. As such matters should have been expunged, defence counsel moved for a mistrial on the basis that the proceedings had become tainted and the trial was unfair. The main objectionable passage reads as follows:

MR. GLAZER [Defence counsel]: I beg to disagree, My Lady. The law as I understand it is — for example, My Lady had ruled that certain comments by the accused are inadmissible. If the witness during the course of his testimony refers to those comments as forming the basis of some of his opinion, it would be grounds for a mistrial. He can only refer to what is before the jury; he can't refer to evidence that is not before the jury.

50

The defence argued that the jury had learned that the appellant had made comments that were ruled inadmissible. In the defence's view, the jury would speculate as to the nature of those comments and would draw an adverse inference against the appellant. The trial judge denied the request for a mistrial. She ordered, however, that the offending transcripts be retrieved and that the jury be provided with clean copies. The trial judge further cautioned the jury that they were to rely solely on the evidence that was put before them through witnesses and through the evidence filed. Once the jury returned a guilty verdict of first degree murder, the trial judge requested further submissions regarding the possibility of granting a mistrial. After submissions by both counsel, the trial judge again declined to declare a mistrial.

II. Manitoba Court of Appeal (1999), 138 Man. R. (2d) 23

51

By unanimous judgment rendered *per curiam*, the Court of Appeal dismissed the appellant's

Au cours de ses délibérations, le jury a demandé la transcription de la déposition du D^r MacDonald. Environ six heures et demie après que la transcription eut été transmise au jury, on a découvert qu'elle contenait par mégarde le compte rendu de questions débattues en son absence par les avocats et la cour au cours d'un *voir-dire*. Étant donné que ces questions auraient dû être supprimées de la transcription, l'avocat de la défense a présenté une requête visant à faire annuler le procès au motif que la procédure était viciée et que le procès était inéquitable. Le principal passage controversé est rédigé en ces termes :

[TRADUCTION] M^e GLAZER [Avocat de la défense] : Permettez-moi, votre Honneur, d'exprimer mon désaccord. Le droit prévoit, à ma connaissance — par exemple, votre Honneur avait statué que certains commentaires faits par l'accusé étaient inadmissibles. Si, lors de sa déposition, le témoin se réfère à ces commentaires comme fondant en partie son opinion, il y aurait là un motif d'annulation du procès. Il ne peut se référer qu'aux éléments soumis au jury; il ne peut se référer à un élément de preuve qui n'a pas été soumis au jury.

La défense a fait valoir que le jury avait appris que l'appellant avait fait des commentaires jugés inadmissibles. Selon la défense, le jury émettrait des hypothèses concernant la nature de ces commentaires et tirerait une inférence défavorable à l'appellant. La juge du procès a rejeté la requête en annulation du procès. Elle a cependant ordonné que la transcription irrégulière soit retirée et que des copies épurées soient fournies au jury. La juge du procès a en outre averti le jury qu'il ne devait se fier qu'à la preuve qui lui avait été soumise dans les témoignages et les éléments de preuve déposés. Lorsque le jury a rendu un verdict de culpabilité pour meurtre au premier degré, la juge du procès a demandé aux parties de lui présenter des arguments supplémentaires sur la possibilité d'annuler le procès. Après avoir entendu les arguments des deux avocats, la juge du procès a de nouveau refusé d'annuler le procès.

II. La Cour d'appel du Manitoba (1999), 138 Man. R. (2d) 23

Dans un jugement *per curiam*, la Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel interjeté par l'appellant à

appeal from his conviction. The Court of Appeal addressed the issue of whether the jury's exposure to the tainted transcript resulted in an unfair trial. In so doing, it took for granted that the appropriate provision under which to resolve this question was the curative proviso contained in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

The Court of Appeal reviewed several appellate court decisions in cases where evidence had inadvertently made its way into the jury room (see: *R. v. Duke* (1985), 22 C.C.C. (3d) 217 (Alta. C.A.); *R. v. Watson* (1991), 4 B.C.A.C. 253). The appellant argued that, in accordance with *R. v. Armstrong*, [1970] 1 C.C.C. 136 (N.S.C.A.), once mischief was done in the trial process, it was no longer possible to correct it. Relying on *R. v. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), the Court of Appeal indicated that perhaps such a principle was incorrect and that strong and repeated instructions to the jury could overcome possible prejudice to an accused. The Court of Appeal also held that trial judges have wide discretion in deciding whether to declare a mistrial. As a result, appellate courts should exercise great caution when reviewing the exercise of such discretion (see *Emkeit v. The Queen*, [1974] S.C.R. 133, and *R. v. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200).

In the Court of Appeal's view, the words which inadvertently found their way into the jury room did not have a great potential for harm or mischief. Even if some prejudice had been caused to the appellant, this was amply remedied by the cautionary instructions provided by the trial judge. The court also added its opinion on the strength of the evidence against the appellant, in particular in relation to the evidence given by the pathologist, Dr. MacDonald. The court stated that it constituted "overwhelming evidence as to the manner, time and place of death of the deceased" (para. 47). The court concluded that, considering the circumstances as a whole "[t]his is an appropriate case in which the proviso is to be applied" (para. 48). The conviction was therefore upheld. It was appealed to this Court

l'encontre de sa déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a examiné la question de savoir si le procès était devenu inéquitable du fait que le jury avait été mis en présence de la transcription irrégulière. À cette fin, elle a tenu pour acquis que la disposition à appliquer pour trancher la question était la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

La Cour d'appel a passé en revue plusieurs arrêts rendus par des cours d'appel dans des situations où des éléments de preuve s'étaient retrouvés par mégarde dans la salle des jurés (voir : *R. c. Duke* (1985), 22 C.C.C. (3d) 217 (C.A. Alb.); *R. c. Watson* (1991), 4 B.C.A.C. 253). L'appelant a invoqué l'arrêt *R. c. Armstrong*, [1970] 1 C.C.C. 136 (C.A.N.-É.), pour soutenir qu'une fois le mal fait au cours du procès, il n'est plus possible d'y remédier. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. R. (R.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), la Cour d'appel a indiqué que ce principe était peut-être incorrect et que des directives fermes et répétées au jury pouvaient l'emporter sur le préjudice susceptible d'être causé à l'accusé. La Cour d'appel a également statué que le juge qui préside le procès est investi d'un large pouvoir discrétionnaire quant à l'opportunité d'annuler le procès. En conséquence, les cours d'appel devraient faire preuve d'une grande prudence lorsqu'elles contrôlent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire (voir *Emkeit c. La Reine*, [1974] R.C.S. 133, et *R. c. Paterson* (1998), 102 B.C.A.C. 200).

Selon la Cour d'appel, les renseignements qui se sont retrouvés par mégarde dans la salle des jurés n'étaient pas réellement susceptibles de causer du tort. Même en supposant qu'un préjudice a été causé à l'appelant, les mises en garde incluses dans les directives de la juge du procès y ont amplement remédié. La cour a en outre exprimé son opinion sur la valeur de la preuve produite contre l'appelant, plus particulièrement en ce qui a trait à la déposition du pathologiste, le Dr MacDonald. La cour a déclaré que son témoignage constituait [TRADUCTION] « une preuve accablante quant à la manière, au moment et au lieu du décès » (par. 47). La cour a conclu que, vu l'ensemble des circonstances, [TRADUCTION] « [i]l s'agit en l'espèce d'une situation qui se

52

53

on the question of the application of the curative provisions of s. 686(1)(b). An issue concerning jury selection was also raised.

III. Relevant Statutory Provisions

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

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

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (a),

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; or

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

prête à l'application de la disposition réparatrice » (par. 48). La déclaration de culpabilité a donc été confirmée. Cette décision a été portée en appel devant notre Cour sur la question de l'application des dispositions réparatrices de l'al. 686(1)b). Nous sommes également saisis d'une question relative à la sélection du jury.

III. Les dispositions législatives pertinentes

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

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

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

(i) elle est d'avis que l'appelant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appelant pour l'un des motifs mentionnés à l'alinéa a),

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit,

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

IV. Analysis

In the case law, the proper meaning of paras. (a) and (b) of s. 686(1) of the *Code* has sometimes been misunderstood. My analysis will first review their interpretation, before turning to the irregularities alleged in the case at bar and the application of s. 686 of the *Code* to them.

Sections 686(1)(a) and 686(1)(b) have distinct functions. On the one hand, the object of para. (a) is to spell out the conditions pursuant to which an appellate court has the power to reverse a conviction. The court of appeal's intervention is warranted whenever (i) the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence; (ii) the judgment is based on a wrong decision on a question of law; or (iii) a "miscarriage of justice" has occurred.

On the other hand, para. (b), and in particular subparas. (iii) and (iv), grant a remedial power to a court of appeal to uphold a conviction despite having found earlier that its intervention could have been justified under para. (a)(ii) or (iii), if the evidence is so overwhelming against the accused that any other reasonable judge or jury would have rendered the same guilty verdict. Paragraph (b) is thus referred to as the "curative proviso". Of course, needless to say a verdict which is defective under para. (a)(i) because it is "unreasonable or cannot be supported by the evidence" cannot be cured under s. 686(1)(b) on the grounds that any reasonable judge or jury would have ruled the same way.

Section 686(1)(a)(i) is not at stake in the present appeal. Although the appellant argued before the Court of Appeal that the verdict was unreasonable, this issue was not raised before us. Therefore, the question before this Court is whether the conviction should be reversed because either an "error of law" or a "miscarriage of justice" has occurred, and if so, whether s. 686(1)(b) should be applied.

My analysis will be divided into four parts. In the first part, I will examine the notions of "error of law" and "miscarriage of justice", and their relationship

IV. Analyse

Dans la jurisprudence, on s'est parfois mépris sur le sens des al. 686(1)a) et b) du *Code*. Mon analyse portera d'abord sur l'interprétation qu'il convient d'attribuer à ces alinéas, pour ensuite se tourner vers les irrégularités alléguées en l'espèce et sur l'application de l'art. 686 du *Code* à celles-ci.

Les alinéas 686(1)a) et 686(1)b) remplissent des fonctions distinctes. D'une part, l'al. a) a pour objet d'énoncer les conditions auxquelles est assujéti le pouvoir d'une cour d'appel d'annuler une déclaration de culpabilité. L'intervention de la cour d'appel est justifiée lorsque (i) le verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve, (ii) le jugement constitue une décision erronée sur une question de droit ou (iii) une « erreur judiciaire » est survenue.

D'autre part, l'al. b), plus particulièrement aux sous-al. (iii) et (iv), confère à une cour d'appel un pouvoir réparateur lui permettant de confirmer une déclaration de culpabilité, après avoir pourtant conclu que son intervention pourrait être justifiée en vertu des sous-al. a)(ii) ou (iii), si la preuve contre l'accusé est à ce point accablante que tout autre juge ou jury raisonnable aurait rendu le même verdict de culpabilité. L'alinéa b) est donc désigné comme la « disposition réparatrice ». Il va de soi qu'on ne peut remédier à un verdict défectueux aux termes du sous-al. a)(i), parce qu'il est « déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve », en invoquant l'al. 686(1)b) au motif que tout juge ou jury raisonnable en serait venu à la même conclusion.

Le sous-alinéa 686(1)a)(i) n'est pas en jeu dans le présent pourvoi. Bien que l'appelant ait soutenu devant la Cour d'appel que le verdict était déraisonnable, cette question ne nous a pas été soumise. Par conséquent, notre Cour est saisie de la question de savoir si la déclaration de culpabilité devrait être annulée du fait que, soit une « erreur de droit », soit une « erreur judiciaire » est survenue et, dans l'affirmative, si l'al. 686(1)b) devrait s'appliquer.

Mon analyse se divisera en quatre parties. Dans la première partie, je me pencherai sur les notions d'« erreur de droit » et d'« erreur judiciaire »,

55

56

57

58

59

to one another in the context of s. 686(1)(a)(ii) and (iii) of the *Code*. Second, I will look more closely at what may constitute a “miscarriage of justice” as understood by s. 686(1)(a)(iii). Third, I will examine the proper role and application of the curative proviso contained in s. 686(1)(b)(iii) and (iv). Finally, I will apply these findings to the fact situation involved in the case at bar.

A. *The Relationship Between “Errors of Law” and “Miscarriages of Justice” Under Section 686(1)(a)(ii) and (iii) of the Code*

60

Section 686(1)(a)(ii) of the *Code* states the possibility that a conviction may be set aside “on the ground of a wrong decision on a question of law”. In that regard, in order for a verdict to be reversed, the judgment must have been based, or have possibly been based, on an erroneous legal norm. It is not sufficient to demonstrate that a legal mistake has occurred. It must be found that the judgment was based or could have been based on that mistake, so as to prejudice the accused. The French version of the s. 686(1)(a)(ii) is clearer on this. It states that the judgment can be set aside “*pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit*” (underlining added). Thus, it is not enough to simply say that an error of law occurred. The error must have been, or must possibly have been, significant in the conviction. It is then appropriate to state that the judgment could constitute a wrong decision on a question of law.

61

The other situations which may justify the intervention of a court of appeal fall into a residual category. Section 686(1)(a)(iii) refers to the notion of “miscarriage of justice”. This covers irregularities which the *Code* attempts to distinguish from the errors of law mentioned in para. (a)(ii) and which may have rendered the trial unfair for the accused, or have created the appearance of unfairness. I must mention that most of them also find their root in some “error of law”, in the sense that the irregularity would not have occurred if the appropriate legal norms had been followed. These errors, however, are more akin to procedural irregularities. I should

ainsi que sur le rapport qui existe entre elles dans le contexte des sous-al. 686(1)(a)(ii) et (iii) du *Code*. Deuxièmement, je m’attarderai plus en détail sur ce qui pourrait constituer une « erreur judiciaire » au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii). Troisièmement, je traiterai de la fonction et de l’application correctes de la disposition réparatrice énoncée aux sous-al. 686(1)(b)(iii) et (iv). Enfin, j’appliquerai ces conclusions aux faits en cause dans le présent pourvoi.

A. *Le rapport entre les « erreurs de droit » et les « erreurs judiciaires » dans le contexte des sous-al. 686(1)(a)(ii) et (iii) du Code*

La version anglaise du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code* dispose qu’une déclaration de culpabilité peut être écartée « *on the ground of a wrong decision on a question of law* ». Ainsi, pour qu’un verdict soit écarté, il faut que le jugement soit ou puisse être fondé sur une norme juridique erronée. Il ne suffit pas de démontrer qu’une erreur de droit est survenue. La cour doit conclure que le jugement était fondé ou pouvait être fondé sur cette erreur, de manière à causer un préjudice à l’accusé. La version française du sous-al. 686(1)(a)(ii) est plus claire à ce sujet. Elle dispose que le jugement peut être écarté « *pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit* » (je souligne). Par conséquent, il ne suffit pas d’affirmer simplement qu’une erreur de droit est survenue. Il faut que l’erreur ait joué ou ait pu jouer un rôle important dans l’obtention de la déclaration de culpabilité. On peut alors affirmer que le jugement pourrait constituer une décision erronée sur une question de droit.

Les autres situations susceptibles de justifier l’intervention d’une cour d’appel tombent dans une catégorie résiduelle. Le sous-alinéa 686(1)(a)(iii) renvoie à la notion d’« erreur judiciaire ». Cette notion s’étend aux irrégularités que le *Code* veut distinguer des erreurs de droit visées au sous-al. a)(ii) et qui ont pu rendre le procès inéquitable envers l’accusé ou ont créé une apparence d’iniquité. Je dois mentionner que la plupart de ces irrégularités tirent leur origine de quelque « erreur de droit », en ce sens que l’irrégularité ne se serait pas produite si les normes juridiques applicables avaient été respectées. Ces erreurs s’apparentent

add that it does not matter whether the irregularity occurred intentionally or not, nor does it matter whether the error is due to a mistake by the judge, a court official, one of the parties in the case, or any other person. What matters most is the effect of the irregularity on the fairness of the trial.

For instance, irregularities due to improper contact between a third party and a juror (*R. v. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96 (Ont. C.A.)), the abusive exercise of discretion by the trial judge (*Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233), or inadequate representation of the accused by his counsel (*R. v. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.)) may fall into that residual category. These types of irregularities, like errors under s. 686(1)(a)(ii), may cause prejudice to the accused. When confronted with such an irregularity, the court of appeal must examine whether it may have had an influence on the verdict or could be perceived as such. Such analysis must take into account the whole of the circumstances.

Although paras. (a)(ii) and (a)(iii) are distinct, they are nevertheless closely related. Both paragraphs address situations where something irregular in law has occurred during the course of the trial. In that sense, it can sometimes be difficult to determine whether a case falls under para. (a)(ii) or (a)(iii). There may often be a fine line between what can constitute “a wrong decision on a question of law” and a “miscarriage of justice”.

For instance, issues pertaining to the law of evidence may often be at the intersection between an “error of law” and the residual type of irregularity called “miscarriage of justice”. When information which would constitute inadmissible evidence is willingly admitted by the judge, it may be seen more as an “error of law”, but when the same information is given to the jury by mistake and the irregularity is discovered afterward, this may seem more as falling into the residual category. Yet, the result is the

toutefois davantage à des irrégularités de procédure. Je m’empresse d’ajouter qu’il importe peu que l’irrégularité se soit produite intentionnellement ou non, comme il importe peu que l’erreur soit attribuable à une faute de la part du juge, d’un fonctionnaire de la cour, de l’une des parties à l’instance ou de toute autre personne. C’est la conséquence de l’irrégularité sur le caractère équitable du procès qui importe le plus.

Par exemple, si l’irrégularité survenue découle d’un contact irrégulier entre un tiers et un juré (*R. c. Cameron* (1991), 64 C.C.C. (3d) 96 (C.A. Ont.)), de l’exercice abusif du pouvoir discrétionnaire du juge du procès (*Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233) ou de la représentation inadéquate de l’accusé par son avocat (*R. c. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.)), l’affaire peut relever de cette catégorie résiduelle. Ces types d’irrégularités, comme les erreurs visées au sous-al. 686(1)a)(ii), peuvent causer un préjudice à l’accusé. Lorsqu’elle est saisie d’une telle irrégularité, la cour d’appel doit déterminer si celle-ci a pu influencer le verdict ou si elle peut être perçue comme telle. Cette analyse doit tenir compte de l’ensemble des circonstances.

Quoique les sous-al. a)(ii) et (iii) soient distincts, ils demeurent néanmoins étroitement liés. Ces deux sous-alinéas visent des situations dans lesquelles une irrégularité sur le plan du droit s’est produite au cours du procès. En ce sens, il peut parfois être difficile de décider si une affaire relève du sous-al. a)(ii) ou du sous-al. a)(iii). Il arrive souvent que la distinction entre ce qui peut constituer « une décision erronée sur une question de droit » et une « erreur judiciaire » soit ténue.

À titre d’exemple, les questions relatives au droit de la preuve peuvent souvent se trouver aux confins de l’« erreur de droit » et de l’irrégularité résiduelle désignée comme une « erreur judiciaire ». Lorsqu’un renseignement qui constituerait une preuve inadmissible est reçu en toute connaissance de cause par le juge, cette irrégularité peut être davantage perçue comme une « erreur de droit », mais lorsque le même renseignement est transmis au jury par mégarde et qu’on découvre l’irrégularité après

62

63

64

same: the jury has been exposed to inadmissible evidence.

coup, la situation peut sembler relever davantage de la catégorie résiduelle. Le résultat est pourtant le même : le jury a été mis en présence d'une preuve inadmissible.

65 All kinds of incidents may happen in the course of a trial, through the interaction of the several different actors involved, and a degree of uncertainty may arise as to their proper legal characterization. One example is where an irregularity allegedly giving rise to a "miscarriage of justice" occurs during a trial, and the judge makes a mistake when attempting to remedy this irregularity. Would the end result be an "error of law" or a "miscarriage of justice"? While it is not necessary to answer this question, or to articulate a fine line between "errors of law" and errors leading to "miscarriages of justice", we may safely consider that the two concepts, although they will often have different origins, may have a similar impact on the validity of the verdict.

Toutes sortes d'incidents peuvent se produire au cours d'un procès, de par l'interaction des différents acteurs impliqués, et il peut subsister un degré d'incertitude quant à la bonne façon de les qualifier en droit. À titre d'exemple, supposons qu'une irrégularité engendrant une prétendue « erreur judiciaire » se produise au cours d'un procès et que le juge commette une erreur en tentant d'y remédier. S'agira-t-il en définitive d'une « erreur de droit » ou d'une « erreur judiciaire »? Bien qu'il ne soit pas nécessaire de répondre à cette question ni d'établir une distinction subtile entre les « erreurs de droit » et les erreurs menant à une « erreur judiciaire », nous pouvons, sans risque, tenir pour avéré que ces deux concepts peuvent avoir le même effet sur la validité du verdict, malgré leurs origines souvent différentes.

66 Since both target the same problem and, as we will see below, both may be cured under s. 686(1)(b), this difficulty of classification is not greatly problematic. Thus, whether the defect at trial appears to have been a "wrong decision on a question of law", or an irregularity allegedly falling within the residual category of "miscarriage of justice", the circumstances must be considered to see if the error could have played a significant role in the legal validity of the verdict or rendered the trial unfair, in reality or in appearance, or was merely peripheral.

Étant donné que ces deux notions ciblent le même problème et que, comme nous le verrons plus loin, l'al. 686(1)b) permet de remédier à ces deux types d'erreurs, cette difficulté de classification ne pose pas vraiment de problème. Ainsi, que le vice entachant le procès paraisse constituer une « décision erronée sur une question de droit » ou une irrégularité relevant de la catégorie résiduelle de l'« erreur judiciaire », il faut tenir compte de toutes les circonstances pour déterminer si l'erreur a pu jouer un rôle important quant à la validité du verdict, en droit, ou rendre le procès inéquitable, dans les faits ou en apparence, ou si elle n'a joué qu'un rôle accessoire.

67 Often, it may be that decisions constituting "errors of law" warranting the intervention of the court of appeal will be more easily identifiable than "miscarriages of justice". Indeed, once the court of appeal concludes that the proper interpretation of the law has not been followed by the trial judge, the conclusion may easily show that the accused has not benefited from a fair trial, or a trial conducted according to the principles of criminal law, and therefore that the decision constituted an "error of

Les décisions qui constituent des « erreurs de droit » et justifient l'intervention de la cour d'appel peuvent, souvent, être plus facilement repérables que les « erreurs judiciaires ». En effet, dès que la cour d'appel conclut que le juge du procès n'a pas adhéré à l'interprétation de la loi qui s'impose, l'issue du procès peut facilement démontrer que l'accusé n'a pas bénéficié d'un procès équitable ou conforme aux principes du droit pénal et que la décision constituait donc une « erreur de droit » au sens

law” within the meaning of s. 686(1)(a)(ii). On the other hand, other types of irregularities which result in unfairness, or appearance of unfairness in the trial, may be more difficult to classify. It will therefore be useful to explore in greater detail the notion of “miscarriage of justice” in s. 686(1)(a)(iii) of the *Code*.

I note that this analysis of the notion of “miscarriage of justice” can also be useful in some cases to determine whether an “error of law” warrants the intervention of the court of appeal under s. 686(1)(a)(ii) of the *Code*. As I mentioned earlier, wrong decisions on a question of law do not always involve a straightforward conclusion that s. 686(1)(a)(ii) is implicated, as some errors of law can be trivial or incidental in the context of particular cases. For instance, if inadmissible evidence is accepted during the trial to prove the identification of the accused, but identification is otherwise proven and is not at issue in the case, the error of law may be merely incidental. If the error of law could not have prejudiced the accused, the conviction will be upheld. Reaching a conclusion in that respect will require a balancing taking into account the circumstances of the case and, more particularly, the nature and impact of the error of law. In that regard, the analysis under s. 686(1)(a)(ii) may call at times upon similar considerations as under s. 686(1)(a)(iii). I will now turn to those considerations.

B. *The Notion of “Miscarriage of Justice” Under Section 686(1)(a)(iii) of the Code*

When should an irregularity which occurred during a trial be said to constitute a “miscarriage of justice” as understood by s. 686(1)(a)(iii)? The essential question in that regard is whether the irregularity was severe enough to render the trial unfair or to create the appearance of unfairness. Contrary to the analysis under s. 686(1)(b), the emphasis here is not so much on the final verdict and the overall strength of the evidence against the accused, but rather on the gravity of the irregularity

du sous-al. 686(1)(a)(ii). Par contre, d’autres types d’irrégularités qui rendent le procès inéquitable ou créent une apparence d’iniquité peuvent être plus difficiles à classer. Il sera donc utile d’examiner plus en profondeur la notion d’« erreur judiciaire » visée au sous-al. 686(1)(a)(iii) du *Code*.

Je souligne que cette analyse de la notion d’« erreur judiciaire » peut également s’avérer utile dans certains cas pour décider si une « erreur de droit » justifie l’intervention de la cour d’appel conformément au sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code*. Comme je l’ai mentionné précédemment, les décisions erronées sur une question de droit ne mènent pas toujours à la conclusion pure et simple que le sous-al. 686(1)(a)(ii) s’applique, car certaines erreurs de droit peuvent être anodines ou accessoires dans certaines situations particulières. Par exemple, l’erreur de droit peut être purement accessoire lorsqu’un élément de preuve inadmissible est reçu au procès pour établir l’identité de l’accusé, mais que la question de l’identité est réglée autrement et n’est pas en cause dans l’instance. Si l’erreur de droit ne pouvait causer aucun préjudice à l’accusé, la déclaration de culpabilité sera maintenue. Pour tirer une conclusion à cet égard, il faut soupeser les circonstances de l’affaire et plus particulièrement la nature et les conséquences de l’erreur. À cet égard, l’analyse effectuée en application du sous-al. 686(1)(a)(ii) fait parfois appel à des critères analogues à ceux applicables en vertu du sous-al. 686(1)(a)(iii). J’examinerai maintenant ces critères.

B. *La notion d’« erreur judiciaire » au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii) du Code*

Dans quelle situation peut-on affirmer qu’une irrégularité survenue au cours d’un procès constitue une « erreur judiciaire » au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii)? La question essentielle à trancher à cet égard consiste à savoir si l’irrégularité était grave au point de rendre le procès inéquitable ou de créer une apparence d’iniquité. Contrairement à l’analyse qui prévaut en application de l’al. 686(1)(b), on ne met pas ici l’accent tant sur le verdict final et la valeur globale de la preuve produite contre l’accusé

and the effect it may have had on the fairness of the trial.

70

I should mention that this analysis of “miscarriage of justice” presupposes that the trial court is competent in relation to the infraction. The court’s lack of initial jurisdiction and also its loss of jurisdiction because of clear and serious violations of fundamental principles of natural justice can create an automatic “miscarriage of justice”, without it being necessary to examine whether the trial was unfair or appeared unfair. For instance, in a case where there is a reasoned apprehension of bias on the part of the trial judge, there is an automatic “miscarriage of justice” without having to take the analysis any further to assess the impact of his bias (see *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537, at paras. 5-7).

71

Such a jurisdictional miscarriage of justice cannot be cured under s. 686(1)(b)(iv), even if the weight of the evidence is overwhelming against the accused. As we will see below, s. 686(1)(b)(iv) is the provision under which alleged “miscarriages of justice” as understood by para. (a)(iii) may eventually be cured, if they are found to be mere procedural irregularities not rising to the level of a failure of justice. However, s. 686(1)(b)(iv) indicates that a conviction may be saved, provided that the court “had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted”. Therefore, the curing option would not apply to the type of error which is so fundamental to trial fairness that it amounts to or results in a lack of jurisdiction.

72

This being said, the other types of irregularities require that the whole of the circumstances of each case be carefully weighed in determining whether the trial has been rendered unfair in reality or in appearance. In so doing, the court of appeal must bear in mind that the accused is not entitled to a perfect trial. He is entitled to a fair trial, but it is inevitable that minor irregularities will occur from

que sur la gravité de l’irrégularité et les conséquences de celle-ci sur l’équité du procès.

Je dois mentionner que cette analyse sur l’« erreur judiciaire » présuppose la compétence du tribunal de première instance à l’égard de l’infraction. Le défaut de compétence initiale du tribunal ainsi que la perte de compétence de celui-ci en raison de manquements graves et flagrants aux principes fondamentaux de justice naturelle peuvent engendrer automatiquement une « erreur judiciaire », sans qu’il soit nécessaire de déterminer si le procès était ou paraissait inéquitable. Par exemple, l’existence d’une appréhension raisonnée de partialité de la part du juge du procès entraîne automatiquement une « erreur judiciaire », sans qu’on doive pousser l’analyse plus en profondeur pour tenter d’apprécier les conséquences de sa partialité (voir *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, par. 5-7).

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iv) ne permet pas de remédier à une telle erreur judiciaire touchant la compétence, même si la preuve contre l’accusé est accablante. Comme nous le verrons plus loin, le sous-al. 686(1)(b)(iv) est la disposition en vertu de laquelle on pourra, en définitive, remédier aux prétendues « erreurs judiciaires » au sens du sous-al. a)(iii), à condition qu’il s’agisse de simples irrégularités de procédure qui ne peuvent être qualifiées de déni de justice. Cependant, le sous-al. 686(1)(b)(iv) dispose qu’une déclaration de culpabilité peut être maintenue, dans la mesure où le tribunal de première instance « était compétent à l’égard de la catégorie d’infractions dont fait partie celle dont l’appelant a été déclaré coupable ». En conséquence, la possibilité de remédier à l’irrégularité ne s’appliquerait pas au type d’erreur qui touche si fondamentalement l’équité du procès qu’elle équivaut ou donne lieu à un défaut de compétence.

Cela dit, les autres types d’irrégularités commandent un examen minutieux de l’ensemble des circonstances de chaque affaire dans le but de déterminer si le procès a été rendu inéquitable, dans les faits ou en apparence. Ce faisant, la cour d’appel doit garder à l’esprit que l’accusé n’a pas droit à un procès parfait. Il a droit à un procès équitable, mais il est inévitable que des irrégularités mineures

time to time. The trial cannot be held to a standard of perfection, provided it remains fair in reality and in appearance. See *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32, at para. 28; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 74; *R. v. G. (S.G.)*, [1997] 2 S.C.R. 716, at para. 101; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 45.

Whether a “miscarriage of justice” has occurred asks whether the trial was unfair, or alternatively whether an appearance of unfairness was created. See e.g. *Cameron*, *supra*, at pp. 101-2; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (Ont. C.A.), at p. 543. This last element should be evaluated in relation to a reasonable and objective observer, by asking if the irregularity would be such as to taint the administration of justice in his or her eyes. The fact that some member of the public may consider the trial to have been unfair is not sufficient. We must look at whether a well-informed, reasonable person considering the whole of the circumstances would have perceived the trial as being unfair or as appearing to be so.

Courts should refrain from devising any strict formula in order to determine whether a “miscarriage of justice” has taken place. Irregularities which can occur during a trial may take many unpredictable forms. (See generally G. D. McKinnon, *The Criminal Lawyers’ Guide to Appellate Court Practice* (1997), at pp. 89 ff.; P. Béliveau and M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (8th ed. 2001), at pp. 902 ff.; S. A. Cohen, “Controlling the Trial Process: The Judge and the Conduct of Trial” (1977), 36 C.R.N.S. 15.) Some may impact the trial in a way which deprives the accused of a fair defence, while others are less significant, depending on the circumstances. The gravity of irregularities which may occur must inevitably be evaluated by courts on a case-by-case basis. This being said, certain elements can provide reference points in determining whether a miscarriage of justice has occurred.

First, one should ask whether the irregularity pertained to a question which was, in law or in fact,

se produisent à l’occasion. On ne saurait exiger que le procès atteigne la perfection, dans la mesure où il demeure équitable dans les faits et en apparence. Voir *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 28; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 74; *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 R.C.S. 716, par. 101; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 45.

La question de savoir si une « erreur judiciaire » s’est produite soulève celle de savoir si le procès était inéquitable ou, subsidiairement, s’il y a eu apparence d’iniquité. Voir p. ex. *Cameron*, précité, p. 101-102; *R. c. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (C.A. Ont.), p. 543. Ce dernier élément devrait être évalué en fonction de l’observateur raisonnable et objectif qui se demande si l’irrégularité est telle qu’elle déconsidère l’administration de la justice à ses yeux. Le fait qu’un membre du public puisse considérer que le procès a été inéquitable n’est pas suffisant. Nous devons nous demander si une personne raisonnable et bien renseignée qui tiendrait compte de l’ensemble des circonstances aurait eu la perception que le procès était ou paraissait inéquitable.

Les tribunaux devraient se garder d’élaborer une formule stricte pour décider si une « erreur judiciaire » est survenue. Les irrégularités susceptibles de survenir au cours d’un procès peuvent revêtir plusieurs formes imprévisibles. (Voir généralement G. D. McKinnon, *The Criminal Lawyers’ Guide to Appellate Court Practice* (1997), p. 89 et suiv.; P. Béliveau et M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (8^e éd. 2001), p. 902 et suiv.; S. A. Cohen, « Controlling the Trial Process : The Judge and the Conduct of Trial » (1977), 36 C.R.N.S. 15.) Certaines d’entre elles peuvent influencer le procès d’une manière qui prive l’accusé d’une défense équitable, alors que d’autres sont moins importantes selon les circonstances. La gravité des irrégularités qui peuvent survenir doit inévitablement être appréciée par les tribunaux au cas par cas. Cela dit, certains éléments peuvent servir de points de référence sur la question de savoir si une erreur judiciaire a été commise.

Premièrement, il y a lieu de se demander si l’irrégularité est liée à une question qui, sur le plan des

73

74

75

central to the case against the accused. Thus, an irregularity which is related to a central point of the case is more likely to be fatal than one concerning a mere peripheral point (see e.g. *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008, at p. 1029). Of course, this issue will not always be absolutely determinative, and it is possible that a serious irregularity on a peripheral point can have rendered the trial unfair in reality or in appearance. Moreover, it is important to realize that some irregularities will not relate to a particular element in the case, but will rather create a general apprehension of unfairness on the whole of the case. This could occur, for instance, if jurors were led, through some irregularity, to feel greater sympathy for the Crown's case in general or greater antipathy towards the accused.

faits ou du droit, était cruciale quant à la preuve produite contre l'accusé. Une irrégularité liée à un aspect crucial de l'affaire est donc plus susceptible d'être fatale qu'une autre touchant un aspect purement accessoire (voir p. ex. *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008, p. 1029). Il va de soi que cette question ne sera pas toujours absolument déterminante, et il est possible qu'une irrégularité grave liée à un aspect accessoire ait rendu le procès inéquitable dans les faits ou en apparence. Il est en outre important de reconnaître que certaines irrégularités ne porteront pas sur un aspect particulier de l'affaire, mais créeront plutôt une appréhension générale d'iniquité pour ce qui est de l'ensemble de l'affaire. Cela pourrait se produire notamment dans le cas où une irrégularité amènerait les jurés à ressentir une plus grande sympathie en général à l'égard des prétentions du ministère public ou une plus grande antipathie à l'égard de l'accusé.

76

Second, the court of appeal should consider the relative gravity of the irregularity. How much influence could it have had on the verdict? What are the chances that the apprehended detrimental effect of the irregularity did in fact occur? How severe could these detrimental effects have been for the accused's case? This is important not only in relation to an actual finding of unfairness, but also in relation to the appearance of unfairness. A single irregularity which is unlikely to have had any significant impact would seem to indicate to the reasonable observer that the trial appeared fair.

Deuxièmement, la cour d'appel devrait prendre en compte la gravité relative de l'irrégularité. Dans quelle mesure cette irrégularité a-t-elle pu influencer le verdict? Quelle est la possibilité que l'effet préjudiciable redouté de l'irrégularité se soit effectivement produit? À quel point ces effets préjudiciables ont-ils pu nuire à la cause de l'accusé? Cette démarche revêt de l'importance pour déterminer s'il y a eu non seulement iniquité dans les faits, mais également apparence d'iniquité. La présence d'une irrégularité isolée, qui n'était pas susceptible d'entraîner des conséquences importantes, laisserait l'observateur raisonnable croire que le procès était apparemment équitable.

77

When the court considers the gravity of the error, it should also consider the possible cumulative effect of several irregularities during the trial. Sometimes, a trial in which more than one error has occurred can be seen as unfair, even if these irregularities standing alone might not have been fatal on their own. (In that regard, compare *Cathro v. The Queen*, [1956] S.C.R. 101, with the dissenting judgment of Laskin J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Ferguson* (2000), 142 C.C.C. (3d) 353, at pp. 376-77, which was affirmed by this Court, [2001] 1 S.C.R. 281, 2001 SCC 6.) Conversely, when, apart from one alleged irregularity, the trial was otherwise

Lorsqu'elle apprécie la gravité de l'erreur, la cour devrait également prendre en considération l'effet cumulatif éventuel de plusieurs irrégularités survenues au cours du procès. Un procès dans le cadre duquel plus d'une erreur a été commise peut parfois paraître inéquitable, même si aucune irrégularité n'aurait été nécessairement fatale en soi. (Sur ce point, comparer *Cathro c. The Queen*, [1956] R.C.S. 101, avec la dissidence exprimée par le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Ferguson* (2000), 142 C.C.C. (3d) 353, p. 376-377, que notre Cour a confirmée, [2001] 1 R.C.S. 281, 2001 CSC 6.) Inversement, lorsque le procès est par ailleurs

error-free, the court may sometimes be justified in forgiving the error more easily.

Third, one should be mindful of the type of trial during which the error has occurred. Was it a trial by jury or by a judge sitting alone? Sometimes, irregularities can have a more severe impact on the fairness of the trial when they occur during a trial before a judge and a jury. This is especially true considering that some irregularities can have a psychological effect, which we presume judges are more apt to overcome than juries. However, this question is not absolutely determinative, and some irregularities will render the trial unfair even if they occurred before a judge sitting alone, while other mistakes may not be fatal even if they took place before a jury. Thus, a well-instructed jury may have the capacity to overcome irregularities.

Fourth, and related, is the possibility that the irregularity may have been remedied, in full or in part, at the trial. When the trial judge realizes that an irregularity has occurred, he or she may consider whether to declare a mistrial, but when possible, he or she may also attempt to remedy the error. The decision of whether or not to declare a mistrial falls within the discretion of the judge, who must assess whether there is a real danger that trial fairness has been compromised (see *Emkeit*, *supra*, at pp. 139-40; *R. v. Martineau* (1986), 33 C.C.C. (3d) 573 (Que. C.A.), at p. 576; *R. v. Lessard* (1992), 74 C.C.C. (3d) 552, [1992] R.J.Q.1205 (C.A.), at pp. 559-63 C.C.C.; *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (4th) 287 (Que. C.A.), at p. 54 C.C.C.). Although that discretion is not absolute, its exercise must not be routinely second-guessed by the court of appeal.

A decision on whether an incident has affected trial fairness in a way which would warrant declaring a mistrial must take into account any corrective measure which has been brought, or could be brought, by the judge to remedy the irregularity (see e.g. *Lessard*, *supra*, at pp. 559-63 C.C.C.; *R. (R.)*, *supra*, at p. 197; *R. v. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d)

sans faille, hormis l'irrégularité reprochée, la cour peut parfois être fondée à pardonner l'erreur plus facilement.

Troisièmement, il convient de garder à l'esprit le type de procès dans le cadre duquel l'erreur a été commise. S'agissait-il d'un procès devant jury ou devant un juge siégeant seul? Les irrégularités peuvent parfois avoir des conséquences plus graves sur l'équité du procès lorsqu'elles surviennent au cours d'un procès devant juge et jury. Cela est d'autant plus vrai que certaines irrégularités peuvent avoir un effet psychologique que les juges sont présumés plus aptes à surmonter que les jurés. Cependant, cette question n'est pas absolument déterminante, et certaines irrégularités auront pour effet de rendre le procès inéquitable même si elles se produisent devant un juge siégeant seul, alors que d'autres erreurs ne seront pas fatales même en présence d'un jury. Ainsi, un jury qui a reçu des directives appropriées peut surmonter certaines irrégularités.

Quatrièmement et corrélativement, il se peut qu'il ait été remédié à l'irrégularité en tout ou en partie lors du procès. Lorsque le juge du procès se rend compte de l'existence d'une irrégularité, il peut envisager d'annuler le procès mais, dans la mesure du possible, il peut aussi tenter de remédier à l'erreur. La décision d'annuler le procès ou non relève du pouvoir discrétionnaire du juge, qui doit vérifier s'il existe un danger réel que l'équité du procès ait été compromise (voir *Emkeit*, précité, p. 139-140; *R. c. Martineau*, [1986] A.Q. n° 2049 (QL) (C.A.), par. 15; *Lessard c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 1205 (C.A.), p. 1210-1213; *R. c. Taillefer* (1995), 40 C.R. (4th) 287 (C.A. Qué.), p. 348). Même si ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu, la cour d'appel doit se garder d'en mettre systématiquement l'exercice en doute après coup.

Pour décider si un incident a porté atteinte à l'équité du procès de manière à en justifier l'annulation, il faut tenir compte de toute mesure réparatrice que le juge a prise ou pouvait prendre afin de remédier à l'irrégularité (voir p. ex. l'arrêt *Lessard*, précité, p. 1210-1213; *R. (R.)*, précité, p. 197; *R. c. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301 (C.A.C.-B.),

78

79

80

301 (B.C.C.A.), at p. 327). Similarly, it is interesting to note that in decisions involving the possibility of granting a “stay of proceedings”, an inquiry into the possible alternative solutions available to remedy an apprehension of unfairness is also relevant (see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 90; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 75).

81

Thus, when a trial judge realizes that an error has occurred but decides not to order a mistrial, the court should consider the remedy selected by the judge, if any, as one of the elements in its assessment of whether the trial has been or has appeared unfair. If the remedy chosen by the judge consisted of a warning to the jury on what they should or should not consider in reaching their verdict, the ability of a jury to follow instructions must be recognized, although this reality is obviously subject to its own limits. In the case of *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 692-94, Dickson C.J. stated:

In my view, it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system. The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. Jury directions are often long and difficult, but the experience of trial judges is that juries do perform their duty according to the law. . . .

It is of course, entirely possible to construct an argument disputing the theory of trial by jury. Juries are capable of egregious mistakes and they may at times seem to be ill-adapted to the exigencies of an increasingly complicated and refined criminal law. But until the paradigm is altered by Parliament, the Court should not be heard to call into question the capacity of juries to do the job assigned to them. The ramifications of any such statement could be enormous. Moreover, the fundamental right to a jury trial has recently been underscored by s. 11(f) of the *Charter*. If that right is so important, it is

p. 327). De manière analogue, il est intéressant de noter que, dans les décisions mettant en cause la possibilité d’accorder la « suspension des procédures », un examen des solutions de rechange possibles pour remédier à une appréhension d’iniquité s’avère également pertinent (voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 90; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 75).

Par conséquent, lorsque le juge du procès se rend compte d’une erreur commise sans pour autant décider d’annuler le procès, la cour devrait considérer la réparation choisie par le juge, le cas échéant, comme l’un des éléments à prendre en compte pour déterminer si le procès a été ou a paru inéquitable. Si la réparation choisie par le juge consiste en une mise en garde au jury sur ce que celui-ci devrait ou ne devrait pas prendre en considération pour rendre son verdict, il faut reconnaître la capacité du jury de suivre des directives même s’il va de soi que, dans les faits, cette capacité a des limites qui lui sont inhérentes. Dans l’arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 692-694, le juge en chef Dickson a écrit ce qui suit :

Selon moi, on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l’ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c’est que la question ultime de la culpabilité ou de l’innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le juge du procès. Les directives aux jurys sont souvent longues et ardues, mais l’expérience des juges confirme que les jurys s’acquittent de leurs obligations d’une manière conforme à la loi . . .

Bien entendu, il est tout à fait possible de concevoir un argument qui attaque la théorie du procès avec jury. Les jurys sont capables de commettre des erreurs énormes et ils peuvent parfois sembler mal adaptés aux exigences d’un droit criminel de plus en plus compliqué et subtil. Mais tant que le législateur n’aura pas modifié le modèle existant, la cour devra s’abstenir de mettre en doute la capacité des jurys d’accomplir la tâche qui leur est assignée. Toute expression de doute de ce genre risquerait d’avoir des conséquences incalculables. De plus, le droit fondamental à un procès avec jury a été souligné

logically incoherent to hold that juries are incapable of following the explicit instructions of a judge. . . .

We should maintain our strong faith in juries which have, in the words of Sir William Holdsworth, “for some hundreds of years been constantly bringing the rules of law to the touchstone of contemporary common sense” (Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, at p. 349). [Emphasis in original.]

Thus, we should not presume that jurors are incapable of following instructions given by the judge. On the contrary, when the judge issues a clear and forceful warning about the use of some information, we are entitled to presume that it diminishes the danger that the jury will misuse this information when rendering its verdict.

The Quebec Court of Appeal case of *Lessard*, *supra*, provides an interesting illustration. Four men were charged with several murders in relation to alleged biker gang disputes. During the course of the jury’s deliberations, one of the jurors revealed to the judge that he had been bribed to vote in favour of an acquittal. He also told the judge that he had revealed this matter to the other jurors. The judge declined to declare a mistrial. He decided to discharge this particular juror, and to continue the deliberations with eleven jurors, as allowed by s. 644(2) of the *Code*. He took the precaution of warning the remaining jurors to take into consideration only the evidence that was presented before them, and to not let what they had learned about the attempted bribe influence their decision. The Quebec Court of Appeal confirmed the decision of the trial judge to go on with the trial and upheld the conviction. Baudouin J.A. emphasized at p. 563 C.C.C. the privileged position of the trial judge when choosing the appropriate remedy when such mistakes happen during a trial:

[TRANSLATION] The trial judge is the person, much more so than the Court of Appeal judges several years later, in the best position to assess its true, concrete and practical impact on the jury, in light of the general atmosphere in which the trial took place, the specific circum-

réemment par l’al. 11f) de la *Charte*. Or, si ce droit revêt une telle importance, il est tout à fait illogique de conclure que les jurys sont incapables de suivre les directives explicites d’un juge . . .

Nous devrions conserver notre foi dans les jurys qui, comme l’a affirmé sir William Holdsworth, [TRANSLATION] « depuis des centaines d’années n’ont cessé d’appliquer les règles de droit en fonction du bon sens contemporain » (Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, à la p. 349). [Souligné dans l’original.]

Nous ne devons donc pas présumer que les jurés sont incapables de suivre les directives données par le juge. Au contraire, lorsque le juge fait une mise en garde claire et ferme sur l’utilisation de certains renseignements, nous pouvons présumer que le risque que le jury fasse mauvais usage de ces renseignements pour rendre son verdict s’en trouve réduit.

L’arrêt *Lessard*, précité, rendu par la Cour d’appel du Québec, illustre cette situation de manière intéressante. Quatre hommes ont été accusés de plusieurs meurtres liés à de prétendues rivalités entre bandes de motards. Au cours des délibérations du jury, un des jurés a révélé au juge qu’il avait reçu un pot-de-vin pour se prononcer en faveur d’un acquittement. Il a également informé le juge qu’il avait révélé cet incident aux autres jurés. Le juge a refusé d’annuler le procès, décidant plutôt de libérer ce juré et de laisser les onze autres jurés poursuivre leurs délibérations, comme le permet le par. 644(2) du *Code*. Le juge a pris soin d’avertir les autres jurés de ne tenir compte que de la preuve qui leur avait été soumise et de ne pas se laisser influencer par ce qu’ils avaient appris à propos de la tentative de corruption. La Cour d’appel du Québec a confirmé la décision prise par le juge du procès de continuer le procès et elle a confirmé la déclaration de culpabilité. Le juge Baudouin a souligné, à la p. 1212, que le juge du procès était le mieux placé pour choisir la réparation appropriée lorsque de telles erreurs surviennent au cours du procès :

Le juge de première instance est celui qui, bien plus que nous en Cour d’appel plusieurs années plus tard, est le mieux placé pour évaluer son impact réel, concret et pratique sur le jury, en tenant compte de l’atmosphère générale dans laquelle le procès s’est déroulé, des

82

83

stances of the case, of what he may have observed during all the stages of the trial and the reaction of the members of the jury at the time of his comments on the incident. He is also in the best position to find a solution which would neutralize the poison distilled in the minds of the jury. His decision must therefore be given the greatest respect and it is only where the evidence shows that he was clearly mistaken and that he did not properly exercise his discretion that, in my view, a Court of Appeal can and must intervene.

84 Fifth, one must keep in mind that what matters most is the effect of the irregularity on the fairness of the trial and the appearance of fairness. Therefore, it will not be a mitigating factor that the irregularity did not result from a deliberate act by the Crown, the judge, or one of the court officials. In some cases, the intentional nature of the irregularity may be a factor which will contribute to the appearance of unfairness. However, one should not invoke the accidental nature of an irregularity to argue that it is less likely to have triggered a “miscarriage of justice”.

85 Sixth, the attitude of defence counsel if and when he was confronted with the irregularity may have an impact. Therefore, if defence counsel had an opportunity to object to the irregularity and failed to do so, this militates for a finding that the trial was not unfair (see *Imrich v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 622, at p. 631; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at p. 840; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 36-38). Of course, this is not absolutely determinative, as a trial can be declared unfair even if defence counsel failed to object (see e.g. *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129).

86 If the accused’s counsel himself saw no unfairness resulting from a certain irregularity at trial, this would tend to indicate that the trial was not unfair, in reality or appearance. Even if an irregularity might seem prejudicial to the accused, the failure to object may very well be a calculated tactical decision by defence counsel. Hence, courts must be careful to avoid second-guessing such tactical decisions (see e.g. *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22, at paras. 34-35; *R. v. Terceira* (1998), 123

circonstances propres à l’espèce, de ce qu’il a pu observer durant toutes les étapes du procès et de la réaction des membres du jury lors de ses commentaires sur l’incident. Il est également le mieux placé pour trouver la solution permettant de neutraliser le poison ainsi distillé dans l’esprit du jury. Sa décision doit donc bénéficier du plus grand respect et ce n’est que si la preuve révèle qu’il s’est clairement trompé et qu’il n’a pas bien exercé sa discrétion, qu’à mon avis une Cour d’appel peut et doit intervenir.

Cinquièmement, il convient de garder à l’esprit que ce qui importe le plus est la conséquence de l’irrégularité sur l’équité et sur l’apparence d’équité du procès. Ainsi, le fait que l’irrégularité ne résulte pas d’un acte délibéré du ministère public, du juge ou d’un fonctionnaire de la cour ne constituera pas un facteur atténuant. Dans certains cas, la nature intentionnelle de l’irrégularité peut constituer un facteur contribuant à l’apparence d’iniquité. Cependant, on ne devrait pas invoquer la nature accidentelle d’une irrégularité pour faire valoir que celle-ci est moins susceptible d’avoir entraîné une « erreur judiciaire ».

Sixièmement, l’attitude que l’avocat de la défense adopte en prenant connaissance de l’irrégularité, le cas échéant, peut jouer. Ainsi, le fait que l’avocat de la défense a eu l’occasion de s’opposer à l’irrégularité et s’en est abstenu milite en faveur d’une conclusion portant que le procès n’était pas inéquitable (voir *Imrich c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 622, p. 631; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, p. 840; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 36-38). Il est entendu que cet élément n’est pas absolument déterminant, car un procès peut être considéré inéquitable même si l’avocat de la défense omet de soulever une objection à une irrégularité (voir p. ex. *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129).

Si l’avocat de l’accusé lui-même ne considère pas qu’une iniquité résulte d’une irrégularité au procès, on serait porté à croire que le procès n’a pas été inéquitable dans les faits ou en apparence. Même si l’irrégularité peut sembler préjudiciable à l’accusé, l’omission par l’avocat de la défense de s’y opposer peut fort bien s’avérer une décision calculée d’ordre tactique. Les tribunaux doivent donc se garder d’évaluer rétrospectivement de telles décisions d’ordre tactique (voir p. ex. *R. c.*

C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), at p. 32, aff'd [1999] 3 S.C.R. 866; *R. v. P. (G.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 263 (Ont. C.A.), at p. 286). The inference drawn from counsel's failure to object may be even stronger when he expressly gave his consent to the alleged irregularity. Finally, the more counsel had time to reflect to bring an objection, the more this criterion will be determinative, and the more it will be appropriate to infer that the trial was not unfair (see *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at p. 1306).

I note that none of these factors should be absolutely determinative on its own. Rather, they should be considered together in light of the circumstances of each case in order to assess whether the trial has been unfair. Moreover, these criteria are not exhaustive. Other factors may be articulated which will inform the analysis under s. 686(1)(a)(iii) of the *Code* to determine whether a "miscarriage of justice" has occurred.

C. *The Curative Proviso in Section 686(1)(b)(iii) and (iv) of the Code*

The second stage of the analysis is the applicability of s. 686(1)(b). (For an account of the proviso's legislative history, see R. R. Price and P. W. Mallea, "Not by Words Alone": Criminal Appeals and the No Substantial Wrong or Miscarriage of Justice Rule", in V. M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada* (1982), 453, at pp. 457-61.) Although it was adopted in several stages, it should now be viewed and construed in its totality. It evinces a legislative intent to allow courts of appeal to cure all kinds of procedural irregularities and errors in law, provided the required conditions for its application are met. The structure of these provisions acknowledges that, when an error of law or a procedural irregularity is established, a presumption is created in favor of allowing the appeal, unless it is shown that the error or irregularity is curable. At this point in its legislative development, the scope of application of the proviso appears now to have become a broad one. It calls upon appellate courts to assess the relevance

G.D.B., [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22, par. 34-35; *R. c. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), p. 32, conf. par [1999] 3 R.C.S. 866; *R. c. P. (G.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 263 (C.A. Ont.), p. 286). L'inférence découlant de l'omission par l'avocat de s'opposer à l'irrégularité peut même devenir plus forte lorsque celui-ci consent expressément à l'irrégularité alléguée. Enfin, plus l'avocat a eu le temps de réfléchir à la possibilité de soulever une objection, plus ce critère est déterminant et plus il est approprié d'inférer que le procès n'a pas été inéquitable (voir *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, p. 1306).

Je précise qu'aucun de ces facteurs ne devrait être déterminant en soi. Il faudrait plutôt apprécier ces facteurs dans leur ensemble, à la lumière des circonstances de chaque affaire, pour déterminer si le procès a été inéquitable. En outre, ces critères ne sont pas exhaustifs. On pourra invoquer d'autres facteurs susceptibles de guider l'analyse prévue au sous-al. 686(1)(a)(iii) du *Code* pour décider si une « erreur judiciaire » est survenue.

C. *La disposition réparatrice prévue aux sous-al. 686(1)(b)(iii) et (iv) du Code*

Le deuxième volet de l'analyse concerne l'application de l'al. 686(1)(b). (Pour un compte rendu de l'historique législatif de la disposition réparatrice, voir R. R. Price et P. W. Mallea, « "Pas seulement avec des mots" : La règle concernant le doute raisonnable et l'absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave dans les décisions des cours d'appel canadiennes en droit pénal », dans V. M. Del Buono, dir., *Procédure pénale au Canada* (1983), 521, p. 525-529.) Même si cette disposition a été adoptée en plusieurs étapes, il faut aujourd'hui la considérer et l'interpréter comme un tout. Elle exprime l'intention du législateur de permettre aux cours d'appel de remédier à tous les types d'irrégularités de procédure et d'erreurs de droit, pourvu qu'il soit satisfait aux conditions d'application requises. La structure de ces dispositions crée une présomption suivant laquelle l'appel sera accueilli s'il est établi qu'une erreur de droit ou une irrégularité de procédure est survenue, à moins que soit démontrée la possibilité de remédier à cette erreur ou à cette irrégularité. Au

87

88

of legal issues, the fairness of the process and the prejudice to the accused.

stade actuel de son cheminement législatif, la disposition réparatrice paraît avoir acquis une portée étendue. Elle laisse aux cours d'appel le soin d'apprécier la pertinence des questions de droit, le caractère équitable du processus et le préjudice causé à l'accusé.

89 The proviso is currently governed by s. 686(1)(b)(iii) and (iv) of the *Code*. Paragraph (b)(i) provides that the court of appeal may dismiss an appeal by substituting a conviction for a lesser included offence. This particular provision is of no interest to us in the present analysis. Paragraph (b)(ii) instructs the appellate court to reject the appeal if none of the defects presented in para. (a) have been found. Thus, by necessary implication, this means that paras. (b)(iii) and (b)(iv) inevitably address situations where the court of appeal has first found that one of the grounds of para. (a) has been satisfied in the first stage of the analysis, but may nevertheless dismiss the appeal at the second stage.

La disposition réparatrice est aujourd'hui régie par les sous-al. 686(1)(b)(iii) et (iv) du *Code*. Le sous-alinéa b)(i) dispose que la cour d'appel peut rejeter un appel en substituant une déclaration de culpabilité pour une infraction moindre et incluse. Cette disposition particulière ne nous est d'aucune utilité quant à la présente analyse. Aussi, le sous-al. b)(ii) prévoit que la cour d'appel peut rejeter l'appel si aucun des vices énoncés à l'al. a) n'a été relevé. Cela signifie donc nécessairement que les sous-al. b)(iii) et b)(iv) visent inévitablement des situations où la cour d'appel a d'abord conclu à l'un des motifs prévus à l'al. a) dans le cadre du premier volet de l'analyse, mais où elle peut néanmoins rejeter l'appel lors du second volet de l'analyse.

90 Section 686(1)(b)(iii) allows an appellate court to uphold a conviction despite the fact that it was based on an "error of law", within the meaning of para. (a)(ii), provided that "no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred". In order to invoke this provision successfully, the Crown must demonstrate that any reasonable judge or jury would have rendered the same verdict (see *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11, at para. 104; *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175, at para. 39; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at pp. 616-17; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 919). Even though an important error of law could have influenced the decision, it would not be appropriate to reverse the conviction when the evidence is so overwhelming against the accused that it would inevitably lead to the same result. Since a new trial before a reasonable judge or jury would inevitably lead to a conviction, to order a new trial would only result in a waste of time and resources. Similarly, when the court of appeal finds that the evidence against the accused would inevitably have led to the same result, it can uphold a conviction despite having found under para. (a)(iii) that a procedural

Dans la mesure où « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit », le sous-al. 686(1)(b)(iii) habilite la cour d'appel à confirmer une déclaration de culpabilité malgré que celle-ci soit fondée sur une « erreur de droit » au sens du sous-al. a)(ii). Pour se prévaloir de cette disposition, le ministère public doit démontrer que tout juge ou jury raisonnable aurait rendu le même verdict (voir *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11, par. 104; *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175, par. 39; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 616-617; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, p. 919). Même si une erreur de droit grave a pu influencer la décision, il ne conviendrait pas d'annuler la déclaration de culpabilité lorsque la preuve contre l'accusé est à ce point accablante qu'elle mènerait inévitablement au même résultat. Étant donné qu'un nouveau procès devant un juge ou un jury raisonnable mènerait forcément à une déclaration de culpabilité, une ordonnance de nouveau procès n'occasionnerait qu'une perte de temps et de ressources. De manière analogue, lorsque la cour d'appel estime que la preuve contre l'accusé aurait inévitablement mené au même résultat, elle peut confirmer la déclaration de culpabilité même en ayant conclu en vertu

irregularity not amounting to a miscarriage of justice had occurred.

It is true that this Court, in *Fanjoy, supra*, at pp. 239-40, refused to consider the application of the proviso in para. (b)(iii) to cure a conviction which had been tainted by a failure to limit an improper cross-examination of the accused. The Court underlined that para. (b)(iii) was, by its express words, applicable to cure only errors of law under para. (a)(ii). However, it is important to stress that para. (b) now contains a fourth subparagraph which was not in force at the time the *Fanjoy* case was heard. In fact, in July 1985, a few months after *Fanjoy* was heard by this Court and shortly before the decision was released, Parliament amended the *Criminal Code* and added s. 686(1)(b)(iv) (see the *Criminal Law Amendment Act, 1985*, R.S.C. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 145). This provision states that a court of appeal may uphold a conviction if “notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby”.

Parliament seems to have attempted to answer a problem in the structure of s. 686(1) of the *Code* through this amendment by conferring upon courts of appeal the power to cure procedural irregularities not amounting to a miscarriage of justice in the same way as “errors of law” may be cured. Thus, it appears now that s. 686(1)(b)(iv) allows a court of appeal to uphold a conviction despite a procedural irregularity which is alleged to be miscarriage of justice as understood in para. (a)(iii).

This solution is the most logical. Indeed, why should it be possible under s. 686(1)(b) to cure any important “error of law”, but not another irregularity allegedly falling within the residual category of

du sous-al. a)(iii) qu’une irrégularité de procédure n’équivalant pas à une erreur judiciaire s’est produite.

Il est vrai que, dans l’arrêt *Fanjoy*, précité, p. 239-240, notre Cour a refusé d’appliquer la disposition réparatrice énoncée au sous-al. b)(iii) pour infirmer une déclaration de culpabilité entachée par le défaut de limiter le contre-interrogatoire inapproprié de l’accusé. La Cour avait souligné que, par sa formulation explicite, le sous-al. b)(iii) ne s’appliquait que pour remédier aux erreurs de droit visées au sous-al. a)(ii). Il importe toutefois d’insister sur le fait que l’al. b) comprend aujourd’hui un quatrième sous-alinéa qui n’était pas en vigueur au moment de l’audition de l’affaire *Fanjoy*. En fait, c’est en juillet 1985, soit quelques mois après que notre Cour eut entendu l’affaire *Fanjoy* et peu de temps avant qu’elle rende son arrêt dans ce dossier, que le législateur a apporté des modifications au *Code criminel* et qu’il a ajouté le sous-al. 686(1)(b)(iv) (voir la *Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, L.R.C. 1985, ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145). Cette disposition permet à une cour d’appel de confirmer une déclaration de culpabilité si, « nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l’égard de la catégorie d’infractions dont fait partie celle dont l’appellant a été déclaré coupable et elle est d’avis qu’aucun préjudice n’a été causé à celui-ci par cette irrégularité ».

Avec cette modification, le législateur semble avoir tenté de corriger un problème dans la structure du par. 686(1) du *Code*, en conférant à la cour d’appel le pouvoir de remédier aux irrégularités de procédure n’équivalant pas à une erreur judiciaire de la même manière qu’aux « erreurs de droit ». Il appert donc aujourd’hui que le sous-al. 686(1)(b)(iv) habilite la cour d’appel à confirmer une déclaration de culpabilité malgré l’existence d’une irrégularité de procédure dont on prétend qu’elle constitue une erreur judiciaire au sens du sous-al. a)(iii).

Cette solution est la plus logique. En effet, pourquoi serait-il possible, en application de l’al. 686(1)(b), de remédier à une « erreur de droit » importante, mais non à une autre irrégularité relevant

91

92

93

“miscarriage of justice” without actually being such a failure of justice? The two types of defects often share the common ground that they may render the trial unfair or apparently so. There is no valid reason for allowing only one of the two types of errors to be cured under para. (b), but not the other. In the end, they may have a similar impact on the validity of the trial and the conviction.

prétendument de la catégorie résiduelle de l’« erreur judiciaire » sans pour autant constituer un déni de justice? Les deux types de vices ont souvent ceci de commun qu’ils sont susceptibles de rendre le procès inéquitable, ou d’en donner l’apparence. Il n’existe aucune raison valable pour laquelle la disposition réparatrice de l’al. b) ne devrait permettre de remédier qu’à un seul de ces deux types d’erreur. Les deux peuvent en définitive avoir le même effet sur la validité du procès et de la déclaration de culpabilité.

94

In *Fanjoy*, this Court had no other choice but to refuse to apply the proviso since, at the time, para. (b)(iv) did not exist and para. (b)(iii)’s wording made it only applicable to cure errors of law under para. (a)(ii), as it did not view the failure to control abusive cross-examination as such an error (p. 240, *per* McIntyre J.). However, since the legislative amendment of 1985, it is now appropriate to allow for a procedural error not amounting to a “miscarriage of justice” under para. (a)(iii) to be cured under para. (b), when any reasonable judge or jury would inevitably have reached the same verdict.

Dans l’arrêt *Fanjoy*, notre Cour n’avait d’autre choix que de refuser d’appliquer la disposition réparatrice car, à l’époque, le sous-al. b)(iv) n’existait pas et, selon son libellé, le sous-al. b)(iii) ne s’appliquait que pour remédier aux erreurs de droit prévues au sous-al. a)(ii), et notre Cour ne considérait pas le défaut de contrôler un contre-interrogatoire abusif comme une telle erreur (p. 240, le juge McIntyre). Cependant, vu la modification législative apportée en 1985, la disposition réparatrice de l’al. b) permet aujourd’hui de remédier à une irrégularité de procédure n’équivalant pas à une « erreur judiciaire » au sens du sous-al. a)(iii), lorsque tout juge ou jury raisonnable aurait inévitablement rendu le même verdict.

95

According to some interpretations given to s. 686(1)(b)(iv), the addition of this provision had been a long-delayed response to a jurisdictional problem raised in *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, aff’d [1966] S.C.R. 399. In that case, the Quebec Queen’s Bench and this Court held that the provision which is now s. 686(1)(b)(iii) did not allow a court of appeal to cure a procedural irregularity resulting in the loss of jurisdiction of the trial court. A few years after the addition of s. 686(1)(b)(iv), the Ontario Court of Appeal described this provision as a solution to the *Meunier* problem in *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35. It had been designed to catch procedural errors which caused a loss of the initial jurisdiction over the matter. The Court of Appeal drew a distinction between three different kinds of error. At page 48 of its reasons, the Ontario Court of Appeal distinguished errors of substance, which arise when the trial court has no jurisdiction over the class of

Si l’on se fie à certaines interprétations attribuées au sous-al. 686(1)(b)(iv), cette nouvelle disposition apportait une réponse longtemps attendue à un problème de compétence soulevé dans l’arrêt *Meunier c. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, conf. par [1966] R.C.S. 399. Dans cet arrêt, la Cour du Banc de la Reine du Québec et notre Cour ont toutes deux statué que la disposition devenue aujourd’hui le sous-al. 686(1)(b)(iii) ne permettait pas à une cour d’appel de remédier à une irrégularité de procédure qui avait provoqué la perte de compétence du tribunal de première instance. Quelques années après l’ajout du sous-al. 686(1)(b)(iv), la Cour d’appel de l’Ontario a, dans l’arrêt *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35, décrit cette disposition comme une solution au problème soulevé dans l’arrêt *Meunier*. Cette disposition a été conçue pour remédier aux erreurs de procédure qui entraînaient la perte de la compétence initiale sur l’objet du litige. La Cour d’appel a différencié trois types d’erreurs. À la

offences and which are not in the nature of procedural irregularities, errors of a relatively minor nature which do not result in a loss of jurisdiction, and irregularities in procedure which are so serious in nature that they are deemed to be matters of substance which result in loss of jurisdiction.

According to the Ontario Court of Appeal in *Cloutier*, s. 686(1)(b)(iv) will not cure an absence of jurisdiction. It will not apply to an irregularity that could be cured under s. 686(1)(b)(iii). It will allow the Court of Appeal to cure substantial procedural errors triggering a loss of jurisdiction provided it was of the view that the error caused no prejudice to the appellant.

To be sure, s. 686(1)(b)(iv) catches errors that are jurisdictional in nature in the sense that they cause the loss of a jurisdiction which already existed (see *R. v. Simard* (1989), 36 Q.A.C. 74, at para. 25). It allows a court of appeal to remedy errors that were committed when there was jurisdiction over the matter but when it was lost by reason of a substantial procedural error. With respect to the other views, its application does not appear limited to procedural errors or irregularities which caused a loss of jurisdiction. The addition of para. (b)(iv) does not appear only as a late reaction to the *Meunier* judgment, but was also intended to cover situations like the one which arose in *Fanjoy*, *supra*. It is designed to address situations where even serious procedural errors may be cured, provided it can be shown that they did not cause prejudice to the accused. Case comments seem to indicate that the provision may find its application in cases of substantial procedural error, where the error may or may not cause a loss of jurisdiction but causes no prejudice. (See E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at para. 23:1080; see Béliveau and Vaclair, *supra*, at pp. 833-34; *R. v. Fabre* (1990), 46 Q.A.C. 133; *R. v.*

page 48 de ses motifs, la Cour d'appel de l'Ontario a établi une distinction entre les erreurs de fond, qui découlent du défaut de compétence du tribunal de première instance à l'égard de la catégorie d'infractions en cause et qui ne constituent pas des irrégularités de procédure, les erreurs de nature relativement mineure qui n'entraînent aucune perte de compétence et, enfin, les irrégularités survenues dans la procédure qui sont de nature si grave qu'elles sont réputées constituer des questions de fond entraînant une perte de compétence.

Selon la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Cloutier*, précité, le sous-al. 686(1)b.(iv) ne remédiera pas à un défaut de compétence. Il ne s'appliquera pas à une irrégularité à laquelle il peut être remédié par application du sous-al. 686(1)b)(iii). Il permettra à la Cour d'appel, dans la mesure où celle-ci est d'avis que l'erreur n'a causé aucun préjudice à l'appelant, de remédier à de graves erreurs de procédure entraînant une perte de compétence.

Le sous-alinéa 686(1)b)(iv) vise sans aucun doute les erreurs qui touchent la compétence, en ce sens qu'elles entraînent la perte d'une compétence qui existait initialement (voir *R. c. Simard* (1989), 36 Q.A.C. 74, par. 25). Cette disposition permet à une cour d'appel de remédier aux erreurs commises par le tribunal qui avait compétence sur l'objet du litige, mais qui a perdu cette compétence par suite d'une grave erreur de procédure. En toute déférence pour l'opinion contraire, j'estime que l'application de cette disposition ne se limite pas aux erreurs ou aux irrégularités de procédure ayant entraîné une perte de compétence. Non seulement l'ajout du sous-al. b)(iv) constitue une réaction tardive à l'arrêt *Meunier*, mais il vise à remédier aussi aux situations semblables à celle en cause dans l'arrêt *Fanjoy*, précité. Il a pour objet de corriger les situations où il est possible de remédier à de graves erreurs de procédure, pourvu que l'absence de préjudice porté à l'accusé soit démontrée. Il ressort des commentaires sur la jurisprudence que cette disposition réparatrice peut s'appliquer dans les cas d'une erreur grave de procédure, que l'erreur puisse ou non entraîner une perte de compétence, si elle ne cause aucun préjudice. (Voir E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, par. 23:

96

97

Deyardin (1997), 119 C.C.C. (3d) 365, [1997] R.J.Q. 2367 (C.A.).

1080; voir Béliveau et Vauclair, *op. cit.*, p. 833-834; *R. c. Fabre* (1990), 46 Q.A.C. 133; *Bombiski-Deyardin c. La Reine*, [1997] R.J.Q. 2367 (C.A.).

98

Section 686(1)(b)(iv), takes its place in a set of provisions which were gradually added to the *Criminal Code*. In the end, these provisions attempt to prevent the annulment of criminal verdicts or mistrials for reasons that relate essentially to technicalities of the law, which have no real bearing on the fundamental legality or fairness of a trial.

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iv) s'inscrit dans un ensemble de dispositions qui se sont graduellement ajoutées au *Code criminel*. Ces dispositions tentent en définitive de mettre un frein à l'annulation des verdicts ou des procès en droit criminel pour des motifs liés essentiellement aux aspects techniques du droit, qui n'ont pas d'incidence réelle sur la légalité fondamentale ou l'équité du procès.

99

Section 686(1)(b) demonstrates an intention to avoid useless debates and litigation on the proper characterization of an error or irregularity in the conduct of a criminal trial. Instead, it allows courts to go straight to the problem of the existence and applicability of some remedy. These curative provisions seek to avoid an unduly formalistic approach to criminal procedure as Proulx J.A. of the Quebec Court of Appeal put it in *Primeau v. La Reine*, [2000] R.J.Q. 696, at p. 705:

L'alinéa 686(1)(b) démontre l'intention du législateur d'éviter des débats et des litiges inutiles sur la façon appropriée de caractériser une erreur ou une irrégularité dans le déroulement d'un procès en droit criminel. Il habilite plutôt les tribunaux à s'attaquer directement au problème de l'existence et de l'application d'une mesure quelconque de réparation. Les dispositions réparatrices visent à écarter une approche indûment formaliste en matière de procédure criminelle, comme le juge Proulx de la Cour d'appel du Québec l'a déclaré dans l'arrêt *Primeau c. La Reine*, [2000] R.J.Q. 696, p. 705 :

[TRANSLATION] Shortly after the decision in *R. v. C.N.*, the Supreme Court of Canada clearly set out, in *R. v. Clunas*, its approach to criminal procedure, which deviates fundamentally from the traditional formalistic approach and is consistent with the philosophy underlying the curative proviso (s. 686(1)(b)(iv) Cr.C.). In the opinion of the Supreme Court, which adopted what had been said by Kelly J. in *R. v. Kennedy*, a vital objective of criminal procedure is to ensure that the accused may present a full answer and defence in a manner that will not prejudice him; accordingly, any procedural deviation that does not cause any prejudice should not result in the invalidity of the proceedings, such as the information in this case, which moreover satisfied all of the procedural requirements of an indictment. That is the conclusion I have reached in this case, by refusing to have the appellant benefit from a technical irregularity which he could have invoked at trial but which his silence or ignorance cannot now revive to serve as an argument to invalidate a trial whose fairness is not in issue.

Peu de temps après l'arrêt *R. c. C.N.*, la Cour suprême du Canada, dans *R. c. Clunas*, a bien explicité son approche de la procédure criminelle qui s'écarte fondamentalement du formalisme d'autrefois et s'harmonise avec cette philosophie qui sous-tend la disposition curative (art. 686(1)(b)(iv) C.Cr.) Selon la Cour suprême, qui prenait à son compte les propos du juge Kelly dans *R. c. Kennedy*, un objectif primordial de la procédure criminelle consiste à s'assurer que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière sans qu'aucun préjudice ne lui soit causé : en conséquence, une dérogation à la procédure qui n'entraîne aucun préjudice ne devrait pas emporter la nullité des procédures, à l'exemple de la dénonciation au dossier, qui comportait par ailleurs toutes les exigences essentielles d'un acte d'accusation. C'est la conclusion à laquelle j'arrive en l'espèce, en refusant de faire bénéficier l'appelant d'un accroc technique qu'il aurait pu invoquer en première instance mais que son silence ou son ignorance ne peuvent maintenant faire revivre pour servir d'argument dans le but d'invalider un procès dont le caractère juste et équitable n'est pas remis en cause.

(See also *Taillefer v. La Reine*, [1989] R.J.Q. 2023 (C.A.), at p. 2041.)

(Voir également *Taillefer c. La Reine*, [1989] R.J.Q. 2023 (C.A.), p. 2041.)

Even though many procedural errors fall under s. 686(1)(b)(iii), the flexible provision of s. 686(1)(b)(iv) may also cover situations where a serious breach of a rule of procedure has occurred. In order to apply s. 686(1)(b)(iv), the court of appeal does not have to inquire whether or not it resulted in a loss of jurisdiction, or whether it will cause (within the technical sense of the word) such a loss of jurisdiction or to extend the meaning of the concept of a loss of jurisdiction in order to cure it. (See *Deyardin, supra*, at pp. 371-72 C.C.C.) Even if the error is significant, the clause allows the court of appeal to focus on the core issues of the trial, whether it took place in conformity with the principles of the criminal law and justice and in essential fairness to the accused. On the other hand, it will not remedy a failure of justice or an error of law which may affect the verdict in a significant manner or in the absence of jurisdiction.

Attempts at classifying errors arising out of the interplay of several actors in the criminal trial as errors of law for the purpose of s. 686(1)(b)(iii) fail to catch the complexity of such situations. Such an approach may try to bring these cases under s. 686(1)(b)(iii), in a roundabout way by focussing the analysis entirely on the decision or action the presiding judge took or failed to take in respect of a particular problem. A broader and more flexible application of s. 686(1)(b)(iv) will better reflect the nature of those situations, as it acknowledges their often complex nature which may require consideration of the behaviour of other actors in the criminal trial, and not only of the judge. What is at stake in these cases is not only the legal assessment of the validity of the legal decision of the court, but also an evaluation of the conduct of all the actors in particular incidents during the course of a criminal trial. Section 686(1)(b)(iv) is designed to safeguard the essential requirements of substantive justice within the criminal trial system, while at the same time protecting trials and verdicts against the impact of technical mistakes in the conduct of a trial, such as procedural irregularities or errors of law which do not result in a miscarriage of justice, cause no prejudice to the accused or do not have

Bien que de nombreuses erreurs de procédure tombent sous le coup du sous-al. 686(1)(b)(iii), le sous-al. 686(1)(b)(iv) peut, par sa souplesse, s'appliquer en outre aux cas de manquement grave à une règle de procédure. Pour appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iv), la cour d'appel n'a pas à se demander si ce manquement a causé ou provoquera une perte de compétence (au sens technique du terme); elle n'aura pas non plus à élargir le concept de perte de compétence pour y remédier. (Voir *Bombiski-Deyardin*, précité, p. 2370-2371.) Même si l'erreur est importante, la disposition réparatrice permet à la cour d'appel de se concentrer sur les questions au cœur du procès, à savoir si celui-ci s'est déroulé en conformité avec les principes du droit et de la justice criminelle et s'il était équitable, pour l'essentiel, envers l'accusé. Elle ne pourra cependant remédier à un déni de justice ou à une erreur de droit susceptible d'influencer le verdict de manière significative, ni au défaut de compétence.

Les efforts de classification des erreurs découlant de l'interaction entre les différents acteurs dans un procès criminel, pour l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii), ne tiennent pas compte de la complexité de ces situations. Une telle approche peut tenter d'inclure indirectement ces situations dans la portée du sous-al. 686(1)(b)(iii), en faisant porter l'analyse uniquement sur la décision ou la mesure que le juge président le procès a prise ou n'a pas adoptée à l'égard d'un problème particulier. Une application élargie et plus souple du sous-alinéa 686(1)(b)(iv) reflétera mieux la nature de ces situations, parce qu'elle reconnaît leur nature souvent complexe, qui peut exiger la prise en compte de la conduite des autres acteurs du procès criminel et pas seulement de la conduite du juge. Ces situations mettent en jeu non seulement l'analyse juridique de la validité de la décision rendue par le tribunal, mais également l'évaluation de la conduite de tous les acteurs dans le cadre d'incidents particuliers survenus au cours d'un procès criminel. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iv) est conçu pour préserver les exigences essentielles de la justice quant au fond, au sein du système de procès criminels, tout en mettant les procès et les verdicts à l'abri des conséquences des erreurs techniques qui se produisent au cours d'un

any significant impact on the legality of the verdict.

procès, telles que les irrégularités de procédure ou les erreurs de droit ne donnant pas lieu à une erreur judiciaire, ne causant aucun préjudice à l'accusé et n'ayant aucune conséquence significative sur la légalité du verdict.

102

This interpretation would give a fuller meaning to s. 686(1)(b)(iv), given that s. 686(1)(b)(ii) already states that the court of appeal may reject the appeal when none of the grounds mentioned in para. (a) is satisfied. Thus, para. (b)(iv) would necessarily have to apply to cure the defects in either para. (a)(i), (a)(ii) or (a)(iii). Yet it obviously is not designed to apply to “unreasonable verdicts” covered by para. (a)(i). And as for “errors of law” in para. (a)(ii), they are already covered by the traditional proviso in para. (b)(iii). Thus the only option left is to apply para. (b)(iv) to cure serious procedural irregularities falling under para. (a)(iii), which may or may not cause a loss of jurisdiction. This is consistent with the reasoning behind the existence of the proviso, which is to avoid ordering unnecessary new trials.

Cette interprétation pourrait donner un sens plus complet au sous-al. 686(1)b(iv), puisque le sous-al. 686(1)b(ii) permet déjà à la cour d'appel de rejeter l'appel en l'absence d'un motif mentionné à l'al. a). Par conséquent, le sous-al. b)(iv) doit nécessairement servir à remédier aux vices énoncés aux sous-al. a)(i), a)(ii) ou a)(iii). Il est entendu que le sous-al. b)(iv) n'a pas été conçu pour s'appliquer aux « verdicts déraisonnables » prévus au sous-al. a)(i). Quant aux « erreurs de droit » énoncées au sous-al. a)(ii), elles sont déjà visées par la disposition réparatrice traditionnelle du sous-al. b)(iii). Par conséquent, la seule autre possibilité consiste en l'application du sous-al. b)(iv) pour remédier aux irrégularités de procédure graves prévues au sous-al. a)(iii), qui peuvent entraîner ou non une perte de compétence. Cette conclusion est conforme à la raison d'être de la disposition réparatrice, qui consiste à éviter la tenue de nouveaux procès inutiles.

103

In addition, as we have seen earlier, the fact that the proviso may be applied to cure both “errors of law” as well as procedural irregularities diminishes the problem associated with the distinction between the two concepts and the classification of the two categories of errors. In many cases, it may be difficult to decide whether a particular fact situation falls within an “error of law” or a “procedural error”. As I indicated earlier, in some cases the categorization may even appear quite artificial. However, since the analysis remains similar, in respect of both categories, and also since s. 686(1)(b) may be applied in the same manner to both, the end result remains equivalent.

En outre, comme nous l'avons vu précédemment, le fait que la disposition réparatrice puisse servir à remédier tant aux « erreurs de droit » qu'aux irrégularités de procédure atténue le problème de la distinction entre les deux concepts et de la classification de ces deux catégories d'erreurs. Il peut s'avérer souvent difficile de décider si une situation factuelle particulière relève de l'« erreur de droit » ou de l'« erreur de procédure ». Comme je l'ai déjà indiqué, il arrive même que cette catégorisation semble très artificielle dans certains cas. Cependant, puisque l'analyse effectuée relativement aux deux catégories demeure similaire et puisque l'al. 686(1)b) peut s'appliquer aux deux de la même manière, on obtient en définitive un résultat équivalent.

104

It is important to realize, however, that whether s. 686(1)(b) is used to cure an “error of law” or a procedural irregularity not amounting to miscarriage of justice, the test should remain a very demanding one. Section 686(1)(b) may be used only when

Il importe toutefois de reconnaître que le critère applicable devrait demeurer très exigeant, que l'al. 686(1)b) serve à remédier à une « erreur de droit » ou à une irrégularité de procédure n'équivalant pas à une erreur judiciaire. On ne peut invoquer l'al.

the conviction was “inevitable” (*S. (P.L.)*, *supra*, at p. 918). In *Bevan*, *supra*, Major J., writing for the majority, summarized the applicable test as follows (at pp. 616-17):

The question to be asked in determining whether there has been no substantial wrong or miscarriage of justice as a result of a trial judge’s error is whether “the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred”: see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, *per* Cartwright J. (as he then was), at p. 744; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 328-29. This test has also been expressed in terms of whether there is any possibility that if the error had not been committed, a judge or properly instructed jury would have acquitted the accused: see *Colpitts*, *per* Spence J., at p. 756; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, *per* Sopinka J., at p. 919; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, at p. 620; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, *per* Iacobucci J. at pp. 736-37. I do not interpret these two approaches as being intended to convey different meanings. Under either approach, the task of an appellate court is to determine whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made. [Emphasis added.]

Thus, it is not sufficient for the court of appeal to agree with the first verdict or to think that the same jury would have convicted. They must be convinced that any other reasonable judge or jury would necessarily have convicted. Courts of appeal must respect the primary role of trial judges and juries in making factual determinations after having heard and seen the evidence. Thus, a finding by a court of appeal that the conviction was “inevitable” must be reserved only for the most obvious cases.

In other cases where, although the evidence appears clear, the written record does not allow the court of appeal to conclude that any other judge or jury would necessarily have rendered a guilty verdict, the appropriate avenue is to order a new trial. This approach must be carefully followed, and courts of appeal must resist the temptation of applying routinely s. 686(1)(b), unless they are convinced that a new trial would result in the same verdict. A too flexible and broad application of the provision might jeopardize the right of the accused to the fair-

686(1)(b) que lorsque la déclaration de culpabilité était « inévitable » (*S. (P.L.)*, précité, p. 918). Dans l’arrêt *Bevan*, précité, le juge Major s’exprimant au nom des juges majoritaires a résumé le critère applicable en ces termes, aux p. 616-617 :

Pour déterminer si l’erreur du juge du procès a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, il faut se demander si « le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s’était pas produite » : voir *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, le juge Cartwright (plus tard Juge en chef), à la p. 744; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, aux pp. 328 et 329. On a également formulé le critère de la façon suivante : existe-t-il une possibilité que, n’eût été l’erreur commise, le juge ou un jury ayant reçu des directives appropriées ait acquitté l’accusé? : voir *Colpitts*, le juge Spence, à la p. 756; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, le juge Sopinka, à la p. 919; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, à la p. 620; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, le juge Iacobucci, aux pp. 736 et 737. Je ne crois pas que ces deux énoncés aient un sens différent. Dans les deux cas, la tâche de la cour d’appel consiste à déterminer s’il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur en question. [Je souligne.]

Il ne suffit donc pas que la cour d’appel soit en accord avec le premier verdict ou qu’elle estime que le même jury aurait rendu un verdict de culpabilité. Elle doit être convaincue que tout autre juge ou jury raisonnable aurait nécessairement rendu un verdict de culpabilité. Les cours d’appel doivent respecter le rôle primordial que jouent les juges du procès et les jurys lorsqu’ils tirent des conclusions de fait après avoir vu et entendu la preuve. Par conséquent, une cour d’appel doit réserver la conclusion que la déclaration de culpabilité était « inévitable » aux cas les plus manifestes.

Dans les autres cas où, même si la preuve paraît claire, le dossier ne permet pas à la cour d’appel de conclure que tout autre juge ou jury aurait nécessairement rendu un verdict de culpabilité, on doit ordonner un nouveau procès. Les cours d’appel doivent suivre cette approche rigoureusement et résister à la tentation d’appliquer routinièrement l’al. 686(1)(b), à moins d’être convaincues que le même verdict résultera de la tenue d’un nouveau procès. Une application trop souple et trop large de cette disposition pourrait mettre en péril le droit de

105

106

ness and regularity of the trial process and would not respect the distinction between the respective roles of trial courts and appellate courts in that process. On the basis of these principles, I shall now turn to the alleged irregularities invoked in the case at bar.

D. *The Alleged Irregularities in the Case at Bar*

107 Under s. 686(1)(a) of the *Code*, which is the first step of the analysis, we must first determine which subparagraph of s. 686(1)(a) will apply. Before the Court of Appeal, the accused had argued that the conviction should be quashed because the verdict was unreasonable, pursuant to para. (a)(i). The Court of Appeal however rejected this argument and this issue is not validly before us.

108 As indicated above, two issues were raised before this Court. The first issue relates to the circumstances surrounding jury selection in this case. The second issue relates to the tainted transcripts which were given to the jury during their deliberations. In my view, the only truly debatable issue in this case is the second one.

1. The Circumstances Surrounding Jury Selection

109 I shall begin by discussing briefly the first issue, which the Court of Appeal refused to consider, but was raised again before us. It relates to an alleged defect in the jury selection process. The appellant had also been charged with the murder of his sister, Bibi Khan. The appellant had originally been charged and tried on the two counts together, and was convicted. After a decision of the Manitoba Court of Appeal (*R. v. Khan* (1996), 108 C.C.C. (3d) 108) raising concerns of similar fact evidence set the convictions aside, the two counts were tried separately. When the case at bar was tried, the appellant had already been convicted separately of the murder of his sister, and his conviction was under appeal.

l'accusé à un procès équitable et régulier et ne respecterait pas la distinction établie entre les rôles respectifs des cours de première instance et des cours d'appel dans ce processus. En me fondant sur ces principes, j'examinerai maintenant les irrégularités alléguées en l'espèce.

D. *Les irrégularités alléguées en l'espèce*

Suivant l'al. 686(1)a) du *Code*, qui constitue le premier volet de l'analyse, nous devons d'abord déterminer quel sous-alinéa de l'al. 686(1)a) s'applique. Devant la Cour d'appel, l'accusé a fait valoir que la déclaration de culpabilité devait être annulée parce que le verdict était déraisonnable au sens du sous-al. a)(i). La Cour d'appel a toutefois rejeté cet argument et cette question n'a pas été soumise valablement à notre Cour.

Comme je l'ai déjà indiqué, nous sommes saisis de deux questions. La première porte sur les circonstances entourant la sélection du jury en l'espèce. La seconde concerne la transcription irrégulière remise au jury au cours de ses délibérations. À mon sens, seule la seconde question soulève véritablement un débat.

1. Les circonstances entourant la sélection du jury

Je commence par une brève analyse de la première question, que la Cour d'appel a refusé de considérer, mais qui a été soulevée à nouveau devant nous. Elle concerne une allégation d'irrégularité dans le processus de sélection du jury. L'appelant avait également été accusé du meurtre de sa sœur, Bibi Khan. Il avait initialement été accusé et jugé relativement aux deux chefs d'accusation réunis et il avait été déclaré coupable. Après le prononcé de l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (*R. c. Khan* (1996), 108 C.C.C. (3d) 108), dans lequel elle a soulevé des problèmes relatifs à la preuve de faits similaires et annulé la déclaration de culpabilité, les deux chefs ont fait l'objet de procès distincts. Lorsque la présente affaire a été instruite, l'appelant avait déjà été déclaré coupable séparément du meurtre de sa sœur et avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité.

The alleged problem derives from the fact that prospective jurors waiting to be selected in this case may have discussed the appellant's other trial for the murder of his sister. The appellant submitted that prospective jurors were not instructed not to talk about the case or the appellant while awaiting jury selection. Despite the fact that the appellant was to benefit from a separate trial on this indictment, it was revealed by prospective jurors in front of already-selected jurors during challenges for cause that the sister's murder case had been discussed in the jury array. The appellant argues that the entire panel should have been rejected as the jurors which had already been selected were tainted by these comments. It is further argued that this issue should have been litigated before the trial judge but could not be because another justice presided over jury selection.

There was no irregularity in the jury selection process. The challenge for cause process is designed to deal with the very issue of juror bias. Jurors are not required to be utterly ignorant of pre-trial publicity or media comment. They are instead required to swear that they will try the case free of bias and render a true verdict on the evidence. Some jurors were indeed challenged upon the very basis about which the appellant now complains, and were found to be unbiased.

The jury selection issue was argued before the presiding justice in the selection process. In refusing a motion for a mistrial, the justice noted that each trier had been found to be unbiased and had sworn to decide the case based on the evidence. He warned the jury members to ignore extraneous information and asked if they had heard anything "today or since you were sworn in which has affected your ability to arrive at a true verdict based on [the evidence]".

Le problème allégué découle de la possibilité que les jurés potentiels dans la présente affaire aient discuté de l'autre procès relatif au meurtre de la sœur de l'appelant en attendant l'issue de la sélection du jury. L'appelant a fait valoir que les jurés potentiels n'ont pas reçu de directives leur interdisant de parler de l'affaire ou de l'appelant pendant qu'ils attendaient que le jury soit sélectionné. Même si l'appelant devait bénéficier d'un procès distinct pour cette mise en accusation, des jurés potentiels ont révélé à des jurés déjà sélectionnés à l'étape des récusations motivées que les membres du tableau des jurés avaient discuté du meurtre de la sœur. L'appelant a prétendu que tous les jurés inscrits sur la liste auraient dû être rejetés en raison de l'influence de ces commentaires sur les jurés déjà sélectionnés. Il a de plus affirmé que cette question aurait dû être débattue devant la juge du procès, mais qu'elle ne l'a pas été car c'est un autre juge qui a présidé la sélection du jury.

Le processus de sélection du jury ne comportait aucune irrégularité. Le processus de récusation motivée vise précisément à traiter de la question de la partialité des jurés. On ne s'attend pas à ce que les jurés ignorent tout de la publicité précédant l'instruction du procès ou des commentaires faits par les médias. Ils sont plutôt tenus de prêter serment de juger l'affaire en toute impartialité et de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve produite. La récusation de certains jurés a été demandée pour le motif même qu'invoque l'appelant en l'espèce, mais ces jurés ont été déclarés impartiaux.

La question de la sélection du jury a été débattue devant le juge qui a présidé le processus de sélection. Refusant de faire droit à la requête en annulation du procès, le juge a souligné que chaque juré avait été jugé impartial et avait prêté serment de décider l'affaire en se fondant sur la preuve. Le juge a averti les jurés qu'ils devaient faire abstraction des renseignements étrangers à l'affaire et il leur a demandé s'ils avaient entendu quoi que ce soit [TRADUCTION] « aujourd'hui ou depuis que vous avez été assermentés, qui est de nature à compromettre votre capacité de rendre un verdict impartial fondé sur [la preuve] ».

110

111

112

113 In my view, the confirmation solicited by the presiding justice that the jury remained unaffected by anything they heard during the challenge for cause process removed any appearance of, or actual, unfairness from the jury selection process. Further, the hearing of the initial motion for a mistrial by the presiding justice rather than the trial judge was the fair approach in my view given that the presiding justice was the one who saw and heard what occurred. As well, the trial judge reheard the motion. The appellant was given full opportunity to subsequently argue this issue before her, although without any success.

2. The Issue of the Tainted Transcripts

114 The only real question before us relates to the jury's exposure to the tainted transcripts which contained the *voir dire* information. The leak of the tainted transcript to the jury was certainly an error or an irregularity. Obviously, the reason the jury is excluded from the courtroom when a *voir dire* is held is that they should not hear what is said in that context. Thus, their being given access to the transcripts from the *voir dire* during their deliberations defeats the purpose of the rule and has the potential for rendering the trial unfair, depending on the circumstances.

115 This mistake does not seem to be in the nature of an "error of law" as understood by s. 686(1)(a)(ii) of the *Code*. This is not really a case where the judge made a "decision on a question of law" which was among the bases of a conviction. The error was more akin to a procedural irregularity which happened by accident. The only legal ruling which the judge issued in relation to the tainted transcripts was her decision not to order a mistrial. As mentioned earlier, this type of decision is discretionary. Of course, this discretion cannot be exercised abusively, but an abuse of discretion by the trial judge is not an "error of law" within the meaning of s. 686(1)(a)(ii) of the *Code* (see *Fanjoy, supra*, at pp. 239-40). Thus, as this case does not seem to fall squarely within the "error of law" category, this becomes a matter to be

Le fait que le juge ait demandé aux jurés de confirmer qu'ils n'avaient pas été influencés par ce qu'ils avaient entendu au cours du processus de récusation motivée a rectifié tout caractère inéquitable ou apparence d'iniquité du processus de sélection du jury. Qui plus est, l'audition de la requête initiale en annulation du procès par le juge qui a présidé le processus de sélection, plutôt que par la juge du procès, constituait à mon avis la démarche qui s'imposait étant donné que le premier juge était le seul à avoir vu et entendu ce qui s'était passé. Par ailleurs, la juge du procès a entendu la requête à nouveau. L'appelant a amplement eu l'occasion de plaider cette question subséquemment devant la juge du procès, mais en vain.

2. La question de la transcription irrégulière

La seule véritable question dont nous sommes saisis porte sur le fait que le jury a été mis en présence de la transcription irrégulière qui contenait des renseignements tirés du voir-dire. La divulgation de la transcription irrégulière au jury constituait assurément une erreur ou une irrégularité. Il va de soi que le jury ne doit pas entendre les propos tenus lors d'un voir-dire; c'est ce qui justifie son exclusion de la salle d'audience dans ce contexte. Par conséquent, l'accès que le jury a eu à la transcription du voir-dire au cours de ses délibérations fait échec à l'objet de cette règle et peut, selon les circonstances, rendre le procès inéquitable.

Cette erreur ne semble pas être de la nature d'une « erreur de droit » au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code*. Il ne s'agit pas véritablement ici d'une situation où la juge a rendu une « décision [. . .] sur une question de droit » fondant en partie la déclaration de culpabilité. Cette erreur s'apparentait davantage à une irrégularité procédurale de nature accidentelle. La seule décision en droit que la juge a rendue relativement à la transcription irrégulière est celle par laquelle elle a refusé de déclarer le procès nul. Comme je l'ai mentionné précédemment, ce type de décision est de nature discrétionnaire. Il est entendu que ce pouvoir discrétionnaire ne peut être exercé de façon abusive, mais l'exercice abusif de son pouvoir discrétionnaire par le juge du procès ne constitue pas une « erreur de droit » au

examined under s. 686(1)(a)(iii), in the residual category of procedural irregularity.

In the case at bar, did a “miscarriage of justice” occur? Was the irregularity fatal in the context of s. 686(1)(a)(iii) of the *Code*? In other words, did the fact that transcripts from the *voir dire* were inadvertently given to the jury during their deliberations render the trial unfair or create an appearance of unfairness? The question should be answered in the negative.

First, the irregularity did not relate to a point which was particularly central in law or in fact to the case against the accused. The main objects of contention in the present case were the “washer-woman syndrome” and the inference which should be drawn from it, as well as the alibi offered by the appellant. The tainted transcripts did not contain any information which was related to these points or to any other major element of the case against the appellant. It was rather a general inference that the appellant might have made some statements which were ruled inadmissible. Thus, while this can still lead to an unfair trial depending on the circumstances, the fact that it did not relate to a central issue militates against a finding of unfairness.

Second, was the irregularity in the case at bar of significant importance? Although it is quite likely that the jury might not have read the problematic passages, which were buried among 348 pages of testimony, I will assume for the sake of the analysis that the jury had read them. But even if the jurors read the problematic passage, what could they have understood from it? I note that the passage did not contain the declarations of the appellant themselves, but rather a discussion between defence counsel and the judge, vaguely suggesting that the appellant might have made some statements which were ruled inadmissible. This is not as serious as if the jury had been exposed to the

sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code* (voir *Fanjoy*, précité, p. 239-240). Comme le présent pourvoi ne relève clairement pas de la catégorie de l’« erreur de droit », il doit être examiné en application du sous-al. 686(1)(a)(iii), soit en fonction de la catégorie résiduelle de l’irrégularité de procédure.

En l’espèce, une « erreur judiciaire » a-t-elle été commise? L’irrégularité était-elle fatale dans le contexte du sous-al. 686(1)(a)(iii) du *Code*? Autrement dit, le fait que la transcription du voir-dire a été remise par mégarde au jury au cours de ses délibérations a-t-il rendu le procès inéquitable ou créé une apparence d’iniquité? On doit répondre à cette question par la négative.

Premièrement, l’irrégularité ne se rapportait pas à un point particulièrement crucial, quant aux faits ou au droit, de la preuve produite contre l’accusé. Les principaux points en litige dans le présent pourvoi concernaient le [TRADUCTION] « syndrome de la blanchisseuse » et l’inférence qui devrait en être tirée, ainsi que l’alibi invoqué par l’appellant. La transcription irrégulière ne contenait aucun renseignement relatif à ces points ou à un autre élément important de la preuve établie contre l’appellant. Il s’agissait plutôt d’une inférence générale: selon laquelle l’appellant aurait peut-être fait des déclarations jugées inadmissibles. Par conséquent, bien qu’un procès inéquitable puisse néanmoins survenir selon les circonstances, le fait que cette inférence ne renvoyait aucunement à une question cruciale milite contre une conclusion d’iniquité.

Deuxièmement, l’irrégularité en l’espèce revêtait-elle une importance particulière? Même si le jury n’a vraisemblablement pas pris connaissance des passages problématiques, enfouis dans 348 pages de témoignage, je tiendrai pour acquis aux fins de l’analyse que le jury en a pris connaissance. Toutefois, même si les jurés avaient lu le passage posant problème, qu’en auraient-ils compris? Je note que le passage en question ne reproduisait pas les déclarations proprement dites faites par l’appellant, mais plutôt une discussion entre l’avocat de la défense et la juge qui laissait vaguement entendre que l’appellant avait pu faire certains commentaires jugés inadmissibles. La situation aurait été plus

116

117

118

actual statements, or if it was clear from the passage that some incriminating statement had been made by the appellant.

119 In addition, as the respondent has pointed out before this Court, the main problematic extract is worded in hypothetical terms. This therefore would indicate that no negative inference could be drawn against the appellant:

MR. GLAZER: I beg to disagree, My Lady. The law as understand it is — for example, My Lady had ruled that certain comments by the accused are inadmissible. If the witness during the course of his testimony refers to those comments as forming the basis of some of his opinion, it would be grounds for a mistrial. He can only refer to what is before the jury; he can't refer to evidence that is not before the jury. [Emphasis added.]

120 The hypothetical nature of this extract is reinforced by the fact that other hypothetical references had been made before. Thus, prior to the above quoted extract, the transcripts contain the following comment:

MR. GLAZER: No. My concern — I might as well deal with it now — is that I hope my friend isn't going to ask this witness to reveal hearsay that he relied on that has not been tendered as evidence in court because that would be inadmissible. For example, if certain photographs are not filed and the witness says he's basing his opinion on photographs that haven't been filed, that is inadmissible. If he says that he's basing his opinion based on temperature he believes was taken, but that temperature was not filed as an exhibit or tendered as evidence in the trial, then, the jury has to be told to disregard that. [Emphasis added.]

121 Thus, if a juror happened to lay his eyes on these passages, it is reasonable to infer that he probably would have perceived them as expressing a hypothesis. He or she would not have found in them a confirmation that actual statements were ruled inadmissible.

122 The third factor, which is whether the trial was held before a judge sitting alone or before a judge and jury, obviously militates for a finding of unfairness. In fact, it is because the trial was before a jury

alarmante si le jury avait été mis en présence des commentaires mêmes, ou s'il ressortait clairement du passage que l'accusé avait fait certaines déclarations incriminantes.

De plus, comme l'intimé l'a porté à l'attention de notre Cour, le principal extrait qui pose problème est rédigé en termes hypothétiques. Cela indiquerait donc qu'aucune inférence négative ne pourrait être tirée contre l'appelant :

[TRADUCTION] M^e GLAZER : Permettez-moi, votre Honneur, d'exprimer mon désaccord. Le droit prévoit, à ma connaissance — par exemple, votre Honneur avait statué que certains commentaires faits par l'accusé étaient inadmissibles. Si, lors de sa déposition, le témoin se référerait à ces commentaires comme fondant en partie son opinion, il y aurait là un motif d'annulation du procès. Il ne peut se référer qu'aux éléments soumis au jury; il ne peut se référer à un élément de preuve qui n'a pas été soumis au jury. [Je souligne.]

L'existence d'autres hypothèses énoncées antérieurement renforce la nature hypothétique de cet extrait. Ainsi, avant l'extrait ci-dessus, la transcription reproduit le commentaire suivant :

[TRADUCTION] M^e GLAZER : Non. Ma crainte — autant l'exprimer tout de suite — est que j'espère que mon collègue ne demandera pas au témoin de révéler le oui-dire sur lequel il s'est fondé et qui n'a pas été produit en preuve, car ce serait inadmissible. Par exemple, si certaines photos n'ont pas été déposées et que le témoin affirme s'être fondé sur des photos qui n'ont pas été déposées, c'est inadmissible. S'il affirme que son opinion se fonde sur la température qu'il croit avoir été prise, mais que celle-ci n'a pas été produite comme pièce ou en preuve lors du procès, on doit alors aviser le jury qu'il doit en faire abstraction. [Je souligne.]

En conséquence, si un juré était tombé par hasard sur ces passages, il est raisonnable d'inférer qu'il aurait probablement pensé qu'il s'agissait d'hypothèses. Le juré n'y aurait pas trouvé la confirmation que de véritables déclarations ont été jugées inadmissibles.

Le troisième facteur, à savoir si le procès a eu lieu devant un juge siégeant seul ou devant juge et jury, milite manifestement en faveur d'une conclusion d'iniquité. En fait, c'est précisément

that this tainted transcript causes a problem. If the trial had been held before a judge sitting alone, the fact that the judge would know that some evidence was excluded would not be problematic, as the judge is allowed to have such knowledge without creating an appearance of unfairness.

However, we must also consider in that regard the fourth factor, which is the warnings given by the judge to the jury. All doubts concerning the unfairness or appearance of unfairness of the trial are, in my view, put to rest in the circumstances of this case when we consider the remedy chosen by the judge when she realized that the tainted transcripts had been leaked to the jury. The judge explained to the jury on several occasions that they should only consider what they had seen or heard during the proceedings. The judge even specified that, if they had read anything else in the transcripts which were given to them, they should not consider it. After the tainted transcripts were taken from the jury, the judge warned the jury in strong and clear terms:

Members of the jury, it's come to my attention that among some of the transcripts that you were provided with today that they contain some matters that took place while you were not in the courtroom and they are matters that were not properly put before you in evidence.

As I indicated to you in my charge to you, the only things that you are to base your decision on are the exhibits and the evidence that you heard from the witness box when you were here and on no other considerations. I can't strongly caution you enough that your decision is to be based solely on what was put before you through the witnesses and through the evidence that was filed.

What I have done is I have taken the transcripts that were provided to you. We're in the process of preparing proper transcripts and those will be given back to you when they're ready.

Again, please, bear in mind when you're deliberating that only matters that were put before you in your presence are to be considered by you and nothing else, and, please, if there is anything in the transcripts that you

parce que le procès s'est tenu devant un jury que la transcription irrégulière pose problème. Si le procès avait eu lieu devant un juge siégeant seul, il ne serait pas problématique que le juge sache que certains éléments de preuve ont été exclus, puisqu'il peut en avoir connaissance sans pour autant que cela crée une apparence d'iniquité.

Toutefois, nous devons également tenir compte à cet égard du quatrième facteur, soit les mises en garde adressées par la juge au jury. Je suis d'avis que, dans les circonstances, tout doute relatif à l'iniquité ou à l'apparence d'iniquité du procès s'estompe lorsque nous nous attardons à la réparation qu'a choisie la juge du procès après s'être rendu compte de la divulgation de la transcription irrégulière au jury. À plusieurs reprises, la juge a expliqué au jury qu'il ne devait tenir compte que de ce qu'il avait vu ou entendu au cours de l'instance. Elle a même précisé aux jurés qu'ils devaient faire abstraction de tout autre élément dont ils auraient pris connaissance à la lecture de la transcription qui leur avait été remise. Après qu'on leur eut retiré la transcription irrégulière, la juge a adressé une mise en garde aux jurés en des termes clairs et non équivoques :

[TRADUCTION] Membres du jury, il a été porté à mon attention que la transcription qui vous a été distribuée aujourd'hui comprend des propos qui ont été tenus en votre absence, et il s'agit de propos qui ne vous ont pas été soumis en preuve de façon appropriée.

Comme je vous l'ai indiqué dans mon exposé, vous ne devez fonder votre décision que sur les pièces et sur les dépositions des témoins auxquelles vous avez assisté en personne, et sur rien d'autre. Je ne vous dirai jamais assez que votre décision doit être fondée uniquement sur ce que vous avez entendu des témoins et sur la preuve qui a été produite.

Je vous ai retiré la transcription dont vous disposiez. Nous sommes en train de préparer une transcription corrigée, qui vous sera distribuée dès qu'elle sera prête.

Une fois encore, s'il vous plaît, gardez à l'esprit, lorsque vous délibérez, que vous ne devez tenir compte que de ce qui a été soumis en votre présence, et de rien d'autre, et, s'il vous plaît, si vous avez pris connaissance

have read that wasn't before you, I urge you to put it out of your mind completely.

The next day, she warned them again in the following terms:

We're now in a position to give you clean copies of all of the transcripts. And before I do so, I again wish to urge you to remember the oath you took to render a true verdict based only on the evidence that was before you. I'm not certain whether you read anything that was in the transcripts that wasn't before you properly, but if you did, please put it out of your mind and look deep into yourself and make sure that you render a verdict based only on what was properly before you, that is the witness testimony and the exhibits that were filed in this case.

Finally, the final charge to the jury contained the following remarks:

You will recall that during the course of my preliminary remarks to you at the commencement of these proceedings, I advised you that you are the sole judges of the facts in this case. You were sworn to bring in a true verdict according to the evidence. That means that you should only consider the testimony and the exhibits which have come before you at this trial. You must put out of your minds all prejudice against the accused and all sympathy for the deceased, which you may have, or anything which you may have heard or read or seen apart from the actual evidence that was given by the witnesses under oath in the witness box, exhibits admitted as evidence and admissions of facts made by counsel.

à la lecture de la transcription de quelque chose qui ne vous avait pas été soumis, je vous exhorte à l'oublier totalement.

Le lendemain, la juge a adressé au jury une autre mise en garde formulée comme suit :

[TRADUCTION] Nous sommes maintenant en mesure de vous donner des copies épurées de toute la transcription. Et avant de vous les distribuer, je veux encore une fois vous rappeler que vous avez prêté serment de rendre un verdict impartial fondé uniquement sur la preuve qui vous a été soumise. Je ne sais pas si vous avez lu quelque chose dans la transcription qui ne vous avait pas été soumis en bonne et due forme, mais si c'est le cas, veuillez en faire abstraction, interrogez-vous et assurez-vous que vous rendez un verdict fondé uniquement sur ce qui vous a été soumis en bonne et due forme, soit la déposition des témoins et les pièces qui ont été produites en l'espèce.

Enfin, l'exposé final au jury contenait les remarques suivantes :

[TRADUCTION] Vous vous rappellerez que, dans les remarques préliminaires que je vous avais adressées au début de l'instance, je vous avais avisés que vous étiez les seuls juges des faits dans cette affaire. Vous avez prêté serment de rendre un verdict impartial fondé sur la preuve. Cela signifie que vous ne devez considérer que les dépositions et les pièces qui vous ont été soumises lors du procès. Vous devez faire abstraction de tout préjugé contre l'accusé et de toute sympathie que vous éprouveriez envers la défunte, ou de tout ce que vous avez pu entendre ou lire ou voir en dehors de la preuve concrète donnée par les témoins assermentés à la barre des témoins, des pièces admises en preuve et des faits admis par les avocats.

Devant notre Cour, l'appelant a tenté de minimiser l'importance de ces mises en garde en soulignant qu'on n'avait pas indiqué précisément aux jurés les extraits qu'ils devaient écarter. Étant donné la possibilité que les jurés n'aient pas lu ces extraits, le fait de leur indiquer à quels extraits la juge faisait référence aurait très vraisemblablement été plus dommageable que bénéfique. Il convenait donc que la juge n'en dévoile pas plus aux jurés que ce qu'ils avaient besoin de savoir sur le contenu de ces extraits. Si l'un des jurés a effectivement lu les passages posant problème, les mises en garde aux mots soigneusement choisis que la juge du procès a faites

The appellant before this Court attempted to downplay the importance of these warnings by pointing out that the jurors were not warned specifically what extracts they should ignore. Given the possibility that the jurors might not have read them, telling them which extracts she was referring to would most likely have done more harm than good. Thus, it was appropriate not to tell them more than needed about the contents of these extracts. If one of the jurors ever read the problematic passages, then the carefully worded warnings given by the trial judge were sufficient to ensure that no prejudice was caused

to the appellant and that the trial did not appear unfair.

I am satisfied that no “miscarriage of justice” within the meaning of s. 686(1)(a)(iii) of the *Code* has occurred. It is therefore not necessary to examine whether the conviction could be saved under the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Code*.

V. Order

I would dismiss the appeal and confirm the conviction of the appellant for first degree murder.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Martin Glazer Law Office, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Manitoba Justice, Winnipeg.

suffisaient à garantir qu’aucun préjudice ne serait causé à l’appelant et que le procès ne paraîtrait pas inéquitable.

Je suis convaincu qu’aucune « erreur judiciaire » au sens du sous-al. 686(1)a)(iii) du *Code* n’a été commise. Il n’est donc pas nécessaire de déterminer si la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iv) du *Code* aurait permis de confirmer la déclaration de culpabilité.

V. Ordonnance

Je suis d’avis de rejeter le présent pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité de l’appelant pour meurtre au premier degré.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l’appelant : Martin Glazer Law Office, Winnipeg.

Procureur de l’intimée : Justice Manitoba, Winnipeg.

125

126

Thérèse Prévost-Masson, in her capacity as legal representative of the late Henri Masson *Appellant*

v.

General Trust of Canada, in its capacity as legal representative of the late Joseph Avila Perras *Respondent*

and

2639-1565 Québec inc., Mark Weinberg and Lucien Roy (*Respondents/Defendants before the Superior Court*)

INDEXED AS: PRÉVOST-MASSON v. GENERAL TRUST OF CANADA

Neutral citation: 2001 SCC 87.

File No.: 27623.

2001: May 16; 2001: December 7.

Present: L'Heureux-Dubé, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil liability — Professional liability — Chartered accountant — Whether constituent elements of civil liability established — Whether creditor must exhaust remedies against debtors before bringing action in professional liability.

Civil law — Obligations — Obligations in solidum — Sum of money owed by two different debtors as debt for contractual liability and as balance of selling price — Whether obligations must be regarded as in solidum.

In 1988, P sold a number of lots to a company and two shareholders assumed joint and several liability for the selling price. The company later sold the lots to 2639-1565 Québec inc. and in the deed of sale 2639-1565 Québec inc. assumed joint and several liability to P for the balance of the selling price. When the term for payment of the balance of the selling price was up, P instructed M, his chartered accountant and

Thérèse Prévost-Masson, en sa qualité de représentante légale de feu Henri Masson *Appelante*

c.

Trust Général du Canada, en sa qualité de représentante légale de feu Joseph Avila Perras *Intimée*

et

2639-1565 Québec inc., Mark Weinberg et Lucien Roy (*Intimés/Défendeurs devant la Cour supérieure*)

RÉPERTORIÉ : PRÉVOST-MASSON c. TRUST GÉNÉRAL DU CANADA

Référence neutre : 2001 CSC 87.

N° du greffe : 27623.

2001 : 16 mai; 2001 : 7 décembre.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Responsabilité professionnelle — Comptable agréé — Les éléments constitutifs de la responsabilité civile ont-ils été établis? — Le créancier doit-il épuiser ses recours contre les débiteurs avant d'intenter son recours en responsabilité professionnelle?

Droit civil — Obligations — Obligations in solidum — Somme d'argent due comme créance en responsabilité contractuelle et comme solde de prix de vente par deux débiteurs différents — Les obligations doivent-elles être considérées in solidum?

En 1988, P vend des terrains à une société commerciale et deux actionnaires se portent débiteurs solidaires du prix de vente. Plus tard, cette société revend les terrains à 2639-1565 Québec inc. et dans l'acte de vente cette dernière se porte débitrice solidaire du solde du prix de vente à l'égard de P. À l'échéance du terme du paiement du solde du prix de vente, P confie à M, son comptable agréé et conseiller professionnel, le soin de préparer

professional adviser, to prepare a statement of account for the balance owing by 2639-1565 Québec inc. In preparing that statement, M committed an error which reduced the liability by \$170,000. A notary prepared the discharges and received the payments on the basis of those figures, which 2639-1565 Québec inc. did not attempt to correct. In the months that followed, M realized his error and prepared a revised statement of account but 2639-1565 Québec inc. refused to pay. P then brought action against M and all of the debtors. The Superior Court nullified the discharge and found M professionally liable, and found all the debtors, including M, jointly and severally liable to pay P the sum of \$206,000 with interest. The Court of Appeal varied the trial judgment. The court nullified the discharge in part, set aside the joint and several award and declared the debt to be indivisible within the meaning of art. 1124 C.C.L.C. It ordered M to pay P the sum of \$206,000 with interest and ordered the other debtors to pay the same amount. Since the two debts were indivisible, the court declared that each of the debtors and M were liable to pay the total amount of the debt to P.

Held: The appeal should be allowed in part.

The law of delictual or contractual civil liability does not require merely a finding of fault. Damage and causality must also be proved. In this case, the professional liability of M has been established. The discharge extinguished the sureties that secured not only the payment of the debt but also the debt itself. On the date when the discharge was signed, P's legal status in relation to M crystallized. As a result of the fault committed by M, P lost his right to claim and the sureties associated with it. Since his damage was present and actual, he was not required to exhaust his remedies against the debtors before commencing his action in professional liability. In relation to M, P had a right of claim for \$182,476 in damages based on his adviser's professional liability. At the same time, 2639-1565 Québec inc. and other parties were indebted for the unpaid balance of the hypothecary debt, \$206,000 plus interest. The \$182,476 was therefore part of a larger amount owed by 2639-1565 Québec inc., which could have been claimed both from it and from M.

Since the same sum of money was owed by two different debtors as a debt for contractual liability and as the balance of the selling price, the relationship among the co-debtors must be organized in a manner that reflects the principles of the law of obligations and concern for a fair apportionment of the legal responsibilities of each party in the situation created by the conflict. To achieve those objectives, indivisibility is an approach

un état de compte du solde dû par 2639-1565 Québec inc. Dans la préparation de cet état, M commet une erreur qui ampute la créance de 170 000 \$. Un notaire prépare les quittances et reçoit les paiements sur la base de ces chiffres que 2639-1565 Québec inc. ne cherche pas à corriger. Au cours des mois suivants, M réalise son erreur et prépare un état de compte révisé mais 2639-1565 Québec inc. refuse de payer. P poursuit alors M et l'ensemble des débiteurs. La Cour supérieure annule la quittance et retient la responsabilité professionnelle de M. Elle condamne conjointement et solidairement l'ensemble des débiteurs, y compris M, à payer à P la somme de 206 000 \$ avec intérêts. La Cour d'appel modifie le jugement de première instance. La cour annule la quittance en partie, écarte la conclusion de solidarité et déclare la dette indivisible au sens de l'art. 1124 C.c.B.C. Elle condamne M à payer à P la somme de 206 000 \$ avec intérêts et condamne les autres débiteurs à payer la même somme. Les deux dettes étant indivisibles, la cour déclare chacun des débiteurs et M responsables du paiement du total de la dette envers P.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

Le droit de la responsabilité civile délictuelle ou contractuelle ne suppose pas seulement la constatation d'une faute. Il faut également démontrer le préjudice et le lien de causalité. En l'espèce, la responsabilité professionnelle de M est établie. La quittance a éteint les sûretés garantissant le paiement de la créance ainsi que la créance elle-même. À la date de la signature de cette quittance, la situation juridique de P à l'égard de M s'est cristallisée. Par la faute de M, P a perdu sa créance et les sûretés qui l'accompagnaient. Son préjudice étant né et actuel, il n'était pas tenu d'épuiser ses recours contre les débiteurs avant d'intenter son recours en responsabilité professionnelle. À l'égard de M, P se trouvait titulaire d'une créance de dommages de 182 476 \$ fondée sur la responsabilité professionnelle de son conseiller. En même temps, 2639-1565 Québec inc. et d'autres parties se trouvaient débitrices du solde impayé de la créance hypothécaire, soit 206 000 \$ plus les intérêts. La somme de 182 476 \$ faisait donc partie d'un montant plus important dû par 2639-1565 Québec inc., montant qui pouvait être réclamé tant de celle-ci que de M.

Puisqu'une même somme d'argent se trouvait due comme créance de responsabilité contractuelle et comme solde de prix de vente par deux débiteurs différents, il faut aménager les rapports entre les codébiteurs d'une façon qui tient compte des principes du droit des obligations et du souci d'une répartition juste des responsabilités juridiques de chacun dans la situation créée par ce conflit. Pour atteindre ces objectifs en l'espèce, l'indi-

that is not legally available. The debts involve a sum of money owing by two different debtors and arising from separate sources. By its nature, the obligation to pay a sum of money is susceptible of division. Furthermore, the concept of passive joint and several liability, in the strict sense of that term, does not apply. The situation that the parties are in does not fall within the express terms of the instances of joint and several liability set out in the *Civil Code of Lower Canada*. The only concept that accurately reflects the parties' situation is obligation *in solidum*. That concept allows for the legal problems arising from the relationship among the co-debtors to be solved in accordance with the general principles of joint and several liability and the objectives of the law of obligations. M is therefore liable *in solidum* with 2639-1565 Québec inc. for a maximum of \$182,476 with interest at the legal rate and the additional indemnity under art. 1078.1 *C.C.L.C.* Upon payment of that amount, M will be subrogated for an equivalent amount in the rights of P and may demand an equivalent contribution from 2639-1565 Québec inc.

Cases Cited

Referred to: *Caisse populaire de Charlesbourg v. Lessard*, [1986] R.J.Q. 2615; *Caisse populaire St-Étienne-de-la-Malbaie v. Tremblay*, [1990] R.D.I. 483; *Leenat ltée v. Bierbrier*, [1987] R.D.J. 551; *Bourque v. Héту*, [1992] R.J.Q. 960; *Tamper Corp. v. Johnson & Higgins Willis Faber Ltd.*, [1993] R.R.A. 739; *Proulx v. Leblanc*, [1969] S.C.R. 765; *Bilodeau v. Bergeron*, [1975] 2 S.C.R. 345; *Goedeke-Molitor v. Crown Trust Co.*, J.E. 85-232; *Hervé Rancourt Construction inc. v. Sévigny*, [1989] R.R.A. 751; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619, rev'd on other grounds, [1992] 1 S.C.R. 382; *Transport Brazeau inc. v. Noranda inc.*, [1990] R.R.A. 393; *Véranda Industries inc. v. Beaver Lumber Co.*, [1992] R.J.Q. 1763; *Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1970] C.S. 145, aff'd [1975] C.A. 265, rev'd on other grounds, [1977] 1 S.C.R. 659; *Berthiaume v. Richer*, [1975] C.A. 638; *Dostie v. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, arts. 1023, 1078, 1078.1, 1105, 1106, 1124.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 468.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1998.
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1998.

visibilité ne représente pas une solution juridiquement possible. Les créances portent sur une somme d'argent exigible de deux débiteurs différents et provenant de sources distinctes. Par sa nature, l'obligation de payer une somme d'argent reste susceptible de division. Par ailleurs, au sens strict du terme, le concept de solidarité passive ne s'applique pas non plus. La situation dans laquelle se trouvent les parties ne se situe pas dans les termes exprès des cas de solidarité prévus au *Code civil du Bas Canada*. Le seul concept qui tient compte correctement de la situation des parties est celui de l'obligation *in solidum*. Ce concept permet de régler les difficultés juridiques posées par les rapports entre les codébiteurs conformément aux principes généraux de la solidarité et aux objectifs du droit des obligations. M est donc tenu *in solidum* avec 2639-1565 Québec inc. jusqu'à concurrence de 182 476 \$ avec intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle de l'art. 1078.1 *C.c.B.C.* Sur paiement de cette somme, M sera subrogé pour autant aux droits de P et pourra exercer un recours récursoire contre 2639-1565 Québec inc.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Caisse populaire de Charlesbourg c. Lessard*, [1986] R.J.Q. 2615; *Caisse populaire St-Étienne-de-la-Malbaie c. Tremblay*, [1990] R.D.I. 483; *Leenat ltée c. Bierbrier*, [1987] R.D.J. 551; *Bourque c. Héту*, [1992] R.J.Q. 960; *Tamper Corp. c. Johnson & Higgins Willis Faber Ltd.*, [1993] R.R.A. 739; *Proulx c. Leblanc*, [1969] R.C.S. 765; *Bilodeau c. Bergeron*, [1975] 2 R.C.S. 345; *Goedeke-Molitor c. Crown Trust Co.*, J.E. 85-232; *Hervé Rancourt Construction inc. c. Sévigny*, [1989] R.R.A. 751; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619, inf. pour d'autres motifs, [1992] 1 R.C.S. 382; *Transport Brazeau inc. c. Noranda inc.*, [1990] R.R.A. 393; *Véranda Industries inc. c. Beaver Lumber Co.*, [1992] R.J.Q. 1763; *Cargill Grain Co. c. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1970] C.S. 145, conf. par [1975] C.A. 265, inf. pour d'autres motifs, [1977] 1 R.C.S. 659; *Berthiaume c. Richer*, [1975] C.A. 638; *Dostie c. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 1023, 1078, 1078.1, 1105, 1106, 1124.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 468.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1998.
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1998.

Chabas, François. *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967.

Malaurie, Philippe, et Laurent Aynès. *Cours de droit civil*, t. VI, *Les obligations*, 9^e éd. par Laurent Aynès. Paris: Cujas, 1998.

Marquis, Paul-Yvan. *La responsabilité civile du notaire*. Cowansville: Yvon Blais, 1999.

Mazeaud, Henri, Léon et Jean, et François Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations: théorie générale*, 9^e éd. par François Chabas. Paris: Montchrestien, 1998.

Mignault, Pierre-Basile. *Le droit civil canadien*, t. 5. Montréal: C. Théorêt, 1901.

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.

Starck, Boris, Henri Roland et Laurent Boyer. *Droit civil: Les obligations*, t. 3, *Régime général*, 6^e éd. par Henri Roland. Paris: Litec, 1998.

Tancelin, Maurice. *Des obligations: actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1997.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.R.A. 817, [1999] Q.J. No. 4446 (QL), reversing in part a judgment of the Superior Court, [1994] R.R.A. 125. Appeal allowed in part.

Jean-Charles René, Catherine Martel and Marc Duquette, for the appellant.

G. George Sand and Olivier Tergny, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

This is an appeal from a judgment of the Quebec Court of Appeal awarding damages against the late Henri Masson, a chartered accountant, equal to the balance of the selling price of a number of lots formerly owned by Joseph Avila Perras, and declaring that debt and the debt of the purchasers of the lots to be indivisible. The appeal raises the issues of the accountant's professional liability, the quantum of damages, and the nature of the relationship, if such there is, between the accountant's liability and the

Chabas, François. *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967.

Malaurie, Philippe, et Laurent Aynès. *Cours de droit civil*, t. VI, *Les obligations*, 9^e éd. par Laurent Aynès. Paris : Cujas, 1998.

Marquis, Paul-Yvan. *La responsabilité civile du notaire*. Cowansville : Yvon Blais, 1999.

Mazeaud, Henri, Léon et Jean, et François Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations : théorie générale*, 9^e éd. par François Chabas. Paris : Montchrestien, 1998.

Mignault, Pierre-Basile. *Le droit civil canadien*, t. 5. Montréal : C. Théorêt, 1901.

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001.

Starck, Boris, Henri Roland et Laurent Boyer. *Droit civil : Les obligations*, t. 3, *Régime général*, 6^e éd. par Henri Roland. Paris : Litec, 1998.

Tancelin, Maurice. *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1999] R.R.A. 817, [1999] J.Q. n^o 4446 (QL), qui a infirmé en partie un jugement de la Cour supérieure, [1994] R.R.A. 125. Pourvoi accueilli en partie.

Jean-Charles René, Catherine Martel et Marc Duquette, pour l'appelante.

G. George Sand et Olivier Tergny, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Ce pourvoi a été interjeté contre un jugement de la Cour d'appel du Québec. Ce jugement a condamné feu Henri Masson, comptable agréé, au paiement de dommages-intérêts égaux au solde du prix de vente de terrains qui avaient appartenu à Joseph Avila Perras et déclaré indivisibles cette dette et celle des acquéreurs de ces terrains. Il remet en cause la responsabilité professionnelle du comptable, le montant des dommages ainsi que la nature des liens, à supposer que de tels liens existent,

liabilities of certain of Perras' debtors, *inter alia* 2639-1565 Québec inc., the defendant in the Superior Court. For the reasons that follow, I find that the professional liability of the appellant's principal, the late Henri Masson, has been established. However, the quantum must be reduced, the applicable interest varied and the organization of the relationship between his liability and the liability of 2639-1565 Québec inc. redefined. Damages are awarded against those parties *in solidum*. In this Court the respondent, General Trust of Canada, is acting as liquidator and legal representative of the late Joseph Avila Perras. The appellant, Thérèse Prévost-Masson, is representing the estate of the late Henri Masson, the defendant at trial.

II. Origin of the Case

2

In 1988, Alban Perras was the testamentary executor of his father, the late Joseph Avila Perras. Since Alban Perras was living for the most part in Florida, his daughter Yvette Perras was acting as his mandatary in Quebec. At his request, she used Masson's professional services for all her father's affairs, and relied completely on Masson's advice in handling those affairs. On November 14, 1998, Perras sold several lots located south of Montreal to Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc. Two of the shareholders of that company, Alfred Céré and André Pelletier, assumed joint and several liability for the selling price. On August 31, 1989, Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc. itself resold the lots to 2639-1565 Québec inc. At the time, Mark Weinberg and Lucien Roy were shareholders and directors of that company. In the deed of sale, 2639-1565 Québec inc. assumed joint and several liability to Perras for the balance of the selling price.

3

Payment of the balance of the selling price for the lots was due on November 14, 1990. On October 9, 1990, Roy, on behalf of the new purchaser 2639-1565 Québec inc., asked Perras for a two-year extension. Yvette Perras, acting on behalf of her father, quickly rejected that request. The purchasers were accordingly preparing to pay the balance owing. Yvette Perras then instructed Masson to pre-

entre l'obligation du comptable et celles de certains débiteurs de Perras, notamment la société commerciale 2639-1565 Québec inc., défenderesse en Cour supérieure. Pour les raisons qui suivent, je conclus que la responsabilité professionnelle de l'auteur de l'appelante, feu Henri Masson, est établie. Cependant, la condamnation doit être réduite, les intérêts applicables modifiés et les modalités des liens entre son obligation et celle de 2639-1565 Québec inc. redéfinies. Ces derniers doivent être condamnés *in solidum*. Devant la Cour, l'intimée, Trust Général du Canada, agit à titre de liquidatrice et représentante légale de feu Joseph Avila Perras. L'appelante, Thérèse Prévost-Masson, représente la succession de feu Henri Masson, défenderesse en première instance.

II. L'origine du litige

En 1988, Alban Perras est l'exécuteur testamentaire de son père, feu Joseph Avila Perras. Puisqu'Alban Perras réside surtout en Floride, sa fille Yvette Perras agit à titre de mandataire au Québec. À la demande de son père, elle recourt aux services professionnels de Masson pour toutes ses affaires et se fie entièrement à ses conseils pour leur règlement. Le 14 novembre 1988, Perras vend un ensemble de terrains, situés au sud de Montréal, à Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc. Deux des actionnaires de cette société, Alfred Céré et André Pelletier, se portent débiteurs solidaires du prix de vente. Le 31 août 1989, Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc. revend elle-même les terrains à 2639-1565 Québec inc. Mark Weinberg et Lucien Roy sont alors actionnaires et administrateurs de cette société commerciale. Dans l'acte de vente, 2639-1565 Québec inc. se porte débitrice solidaire du solde du prix de vente à l'égard de Perras.

Le terme du paiement du solde du prix de vente des terrains échoit le 14 novembre 1990. Le 9 octobre 1990, Roy, au nom du nouvel acquéreur 2639-1565 Québec inc., demande à Perras une prolongation de terme de deux ans. Très rapidement, au nom de son père, Yvette Perras refuse cette demande. En conséquence, les acquéreurs se préparent à acquitter le solde dû. Yvette Perras confie alors à Masson

pare a statement of account for the balance owing by 2639-1565 Québec inc. In preparing that statement, Masson committed an error which reduced the liability by \$170,000. A notary prepared the discharges and received the payments on the basis of those figures, which Weinberg and Roy did not attempt to correct, although they were aware of the error in the calculation. In the months that followed, Masson realized his error. On March 8, 1991, he prepared a revised statement of account in the amount of \$187,036.30. That amount included the principal and interest owing to that date. 2639-1565 Québec inc. refused to pay, contending that the amount paid at the time the discharges were signed was correct and reflected the agreement between the parties. Perras then brought action against Masson, Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc., the jointly and severally liable debtors Céré and Pelletier, and 2639-1565 Québec inc. and its shareholders Weinberg and Roy. He based his action on the obligations contracted in the deeds of sale and on Masson's professional fault.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court*, [1994] R.R.A. 125

Hurtubise J. of the Superior Court allowed the action by Perras. First, he held that Masson was professionally liable. As an experienced accountant, he should have had accurate knowledge of his clients' file and informed Ms. Perras of the exact balance of the selling price, including principal and interest, owing by her hypothecary debtors on a clearly specified date. His error constituted a professional fault for which he must be held liable, since Ms. Perras had been misled and induced to sign an erroneous discharge in favour of 2639-1565 Québec inc.

Hurtubise J. found that 2639-1565 Québec inc. and its shareholders, Weinberg and Roy, had committed concealment: they had obtained a discharge which they knew to be erroneous, in breach of their obligation of contractual good faith. He therefore nullified the discharge and found 2639-1565 Québec inc. and its directors jointly and severally liable for payment of the balance owing, with the

le soin de préparer un état de compte du solde dû par 2639-1565 Québec inc. Dans la préparation de cet état, Masson commet une erreur qui ampute la créance de 170 000 \$. Un notaire prépare les quittances et reçoit les paiements sur la base de ces chiffres, que Weinberg et Roy ne cherchent pas à corriger, bien qu'ils soient conscients de l'erreur de calcul. Au cours des mois suivants, Masson réalise son erreur. Le 8 mars 1991, il prépare un état de compte révisé au montant de 187 036,30 \$. Cette somme comprend le capital et les intérêts échus à cette date. 2639-1565 Québec inc. refuse de payer. Celle-ci prétend que la somme versée au moment de la signature des quittances est exacte et correspond à l'entente des parties. Perras poursuit alors Masson, Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc., les débiteurs solidaires Céré et Pelletier, de même que 2639-1565 Québec inc. et ses actionnaires Weinberg et Roy. Il base son action sur les obligations contractées dans les actes de vente et la faute professionnelle de Masson.

III. Décisions des tribunaux inférieurs

A. *La Cour supérieure du Québec*, [1994] R.R.A. 125

Le juge Hurtubise de la Cour supérieure accueille l'action de Perras. D'abord, il retient la responsabilité professionnelle de Masson. Comptable d'expérience, celui-ci devait connaître avec précision le dossier de ses clients et informer M^{me} Perras du solde exact du prix de vente exigible en capital et intérêts de ses débiteurs hypothécaires à une date bien déterminée. Son erreur constitue une faute professionnelle dont il doit être tenu responsable, M^{me} Perras ayant été induite en erreur et amenée à signer une quittance erronée en faveur de 2639-1565 Québec inc.

À 2639-1565 Québec inc. et à ses actionnaires, Weinberg et Roy, le juge Hurtubise reproche un dol négatif. En effet, ils auraient obtenu une quittance qu'ils savaient erronée, en violation de leur obligation de bonne foi contractuelle. En conséquence, il annule la quittance et déclare 2639-1565 Québec inc. et ses administrateurs solidairement responsables du paiement du solde dû avec les débiteurs d'origine,

original debtors, Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc. and its sureties Céré and Pelletier. He found all those debtors, including Masson, jointly and severally liable to pay \$206,743.79, with interest at the rate of 12 percent as provided in the deed of sale, compounded semi-annually beginning on January 14, 1992.

6 Masson, Weinberg, Roy and 2639-1565 Québec inc. appealed to the Quebec Court of Appeal. Masson disputed his professional liability and challenged the legal basis of the joint and several award of damages. Weinberg and Roy argued that the Superior Court could not lift the corporate veil and hold them personally liable for the debt as directors of the company. They reiterated their argument that there had been an agreement with Perras and that the discharge was valid. The original debtors, Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc., Céré and Pelletier, did not appeal.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1999] R.R.A. 817

7 For the reasons stated by Denis J.A., the Quebec Court of Appeal varied the judgment of the Superior Court. First, the Court found that Masson was professionally liable. He had for a long time been responsible for Perras' accounting and tax returns. Before 2639-1565 Québec inc. paid the debt and was given a discharge, the accountant ought to have correctly applied the instalments paid by the debtor and provided his client with an accurate statement. In the view of the Court of Appeal, the professional fault was apparent and was the cause of the loss incurred.

8 The Court of Appeal also rejected the arguments made by 2639-1565 Québec inc. regarding the validity of the discharge. This issue raised a problem of credibility that had been disposed of by the trial judge. However, since the court was of the view that Weinberg and Roy had not incurred a personal obligation to Perras, it set aside the award of damages made against them. It also held that the discharge could be nullified only in respect of an amount equivalent to the amount of Masson's

Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc. et ses cautions Céré et Pelletier. Il condamne donc conjointement et solidairement l'ensemble de ces débiteurs, y compris Masson, à payer 206 743,79 \$, avec intérêts au taux de 12 pour 100 prévu par l'acte de vente, composé semi-annuellement à partir du 14 janvier 1992.

Masson, Weinberg, Roy et 2639-1565 Québec inc. forment un pourvoi devant la Cour d'appel du Québec. Masson conteste sa responsabilité professionnelle ainsi que le fondement juridique de la condamnation solidaire. Weinberg et Roy prétendent que la Cour supérieure ne pouvait lever le voile corporatif et les tenir responsables personnellement de la dette à titre d'administrateurs de la compagnie. Ils réitèrent leur argument qu'une entente est intervenue avec Perras et que la quittance est valide. Les débiteurs originaux, Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc., Céré et Pelletier, n'interjettent pas appel.

B. *La Cour d'appel du Québec*, [1999] R.R.A. 817

Pour des motifs exposés par le juge Denis, la Cour d'appel du Québec modifie le jugement de la Cour supérieure. En premier lieu, elle retient la faute professionnelle de Masson. Celui-ci avait depuis longtemps la responsabilité de la comptabilité et des déclarations fiscales de Perras. Avant que 2639-1565 Québec inc. n'acquitte la dette et n'obtienne une quittance, le comptable devait imputer correctement les versements effectués par le débiteur et remettre un état exact à sa cliente. Selon la Cour d'appel, la faute professionnelle est évidente et a causé la perte subie.

Par ailleurs, la Cour d'appel rejette les prétentions de 2639-1565 Québec inc. quant à la validité de la quittance. Cette question soulève un problème de crédibilité qu'a tranché le juge de première instance. Cependant, étant d'avis que Weinberg et Roy n'ont pas encouru d'obligation personnelle à l'égard de Perras, elle annule la condamnation à leur égard. De plus, elle estime que la quittance ne peut être annulée que pour une somme équivalente au montant de l'erreur de calcul de Masson. Elle reste

computational error. It remained valid in part, for a maximum amount equal to the payment made by 2639-1565 Québec inc.

The Court of Appeal held that 2639-1565 Québec inc., Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc., Céré and Pelletier were still contractually liable for payment of the balance of the debt. Masson was also found to be contractually liable based on his relationship with Perras, which was for professional services. His error had deprived the estate of the monies to which it was entitled, and the discharge signed on his recommendation had extinguished the sureties which secured the debt. The damage suffered by Perras was therefore present and actual. Each party therefore owed contractual obligations arising from separate sources. The court set aside the joint and several award by the Superior Court and declared the debt to be indivisible within the meaning of art. 1124 *C.C.L.C.* It therefore ordered Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc., Céré and Pelletier, and 2639-1565 Québec inc., to pay Perras \$206,743.79 with interest at the rate of 12 percent per annum. It also ordered Masson's estate to pay that same amount. Since the two debts were indivisible, the Court then declared that each of the debtors and Masson were liable to pay the total amount of the debt to the creditor. In response to that judgment, Masson appealed to this Court. 2639-1565 Québec inc. did not challenge the decision of the Court of Appeal and is no longer a party to the proceedings.

IV. Legislation

Civil Code of Lower Canada

1023. Contracts have effect only between the contracting parties; they cannot affect third persons, except in the cases provided in the articles of the fifth section of this chapter.

1078. Interest accrued from capital sums also bears interest:

1. When there is a special agreement to that effect;
2. When in any action brought such new interest is specially demanded;

valide en partie, jusqu'à concurrence du paiement versé par 2639-1565 Québec inc.

La Cour d'appel décide que 2639-1565 Québec inc., Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc., Céré et Pelletier demeurent responsables contractuellement du paiement du solde de la dette. Quant à Masson, il est également tenu contractuellement dans le cadre de sa relation de service professionnel avec Perras. Son erreur a privé la succession des sommes auxquelles elle avait droit et la quittance signée sur sa recommandation a éteint les sûretés qui garantissaient la dette. Le préjudice de Perras est donc né et actuel. Chacune des parties se trouve ainsi débitrice d'obligations contractuelles provenant de sources distinctes. La cour écarte la conclusion de solidarité de la Cour supérieure et déclare la dette indivisible au sens de l'art. 1124 *C.c.B.C.* Elle condamne ainsi Les Immeubles Les Castels de Greenfield Park inc., Céré et Pelletier de même que 2639-1565 Québec inc., à payer à Perras la somme de 206 743,79 \$ avec intérêts au taux de 12 pour 100 l'an. Elle condamne également la succession Masson à payer la même somme. Les deux dettes étant indivisibles, elle déclare ensuite chacun des débiteurs et Masson responsables du paiement du total de la dette envers le créancier. Après ce jugement, Masson se pourvoit devant notre Cour. 2639-1565 Québec inc. n'attaque pas le jugement de la Cour d'appel et ne participe pas davantage au débat judiciaire.

IV. Dispositions législatives

Code civil du Bas Canada

1023. Les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; ils n'en ont point quant aux tiers, excepté dans les cas auxquels il est pourvu dans la cinquième section de ce chapitre.

1078. Les intérêts échus des capitaux produisent aussi des intérêts:

1. Lorsqu'il existe une convention spéciale à cet effet;
2. Lorsque dans une action ces nouveaux intérêts sont spécialement demandés;

3. When an administrator of the property of others has received or ought to have received interest on the moneys of the minor, the protected person of full age or the beneficiary of the administration and has failed in his obligation to invest it within a reasonable time or within the term prescribed by law.

1078.1 The amount awarded by judgment for the inexecution of an obligation, except that contemplated in article 1077, bears interest at the legal rate, or, where such is the case, at the rate lawfully agreed between the parties, from the date of the institution of the action.

There may be added to the amount so awarded, or to the amount awarded by judgment for the inexecution of an obligation contemplated in article 1077, an indemnity computed by applying to the amount, from such date, a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 28 of the Act respecting the Ministère du revenu (R.S.Q., chapter M-31) over the legal interest rate or over the agreed rate, as the case may be.

1105. An obligation is not presumed to be joint and several; it must be expressly declared to be so.

This rule does not prevail in cases where a joint and several obligation arises of right by virtue of some provision of law.

Nor is it applicable to commercial transactions, in which the obligation is presumed to be joint and several, except in cases otherwise regulated by special laws.

1106. The obligation arising from the common offence or quasi-offence of two or more persons is joint and several.

1124. An obligation is indivisible:

1. When it has for its object something which by its nature is not susceptible of division, either materially or intellectually;

2. When although the object of the obligation is divisible by its nature, yet from the character given to it by the contract, this object becomes insusceptible not only of performance in parts but also of division.

V. Analysis of Issues

The issues before this Court were narrowly framed. Essentially, the issue is whether damage was done and whether there was a causal connection. The professional fault committed by the accountant, Masson, is no longer in question. Although the appellant did not formally admit that

3. Lorsqu'un administrateur du bien d'autrui a reçu ou dû recevoir des intérêts sur les deniers du mineur, du majeur sous régime de protection ou du bénéficiaire de l'administration et a manqué à son obligation de les placer dans un délai raisonnable ou dans le délai fixé par la loi.

1078.1 Le montant accordé par jugement pour l'inexécution d'une obligation, sauf celle visée à l'article 1077, porte intérêt au taux légal ou, le cas échéant, au taux légalement convenu entre les parties, depuis la date de l'institution de la demande en justice.

Il peut être ajouté au montant ainsi accordé ou au montant accordé par jugement pour l'inexécution d'une obligation visée à l'article 1077 une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de ladite date, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la Loi sur le ministère du revenu (L.R.Q., chapitre M-31) sur le taux légal d'intérêt ou, le cas échéant, sur le taux convenu.

1105. La solidarité ne se présume pas; il faut qu'elle soit expressément stipulée.

Cette règle cesse dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi.

Elle ne s'applique pas non plus aux affaires de commerce, dans lesquelles l'obligation est présumée solidaire, excepté dans les cas régis différemment par des lois spéciales.

1106. L'obligation résultant d'un délit ou quasi-délit commis par deux personnes ou plus est solidaire.

1124. L'obligation est indivisible:

1. Lorsqu'elle a pour objet quelque chose qui par sa nature n'est pas susceptible de division soit matérielle ou intellectuelle;

2. Lorsque l'objet, quoique divisible de sa nature, ne peut cependant être susceptible de division ou d'exécution par parties, à raison du caractère qui lui est donné par le contrat.

V. Analyse des questions en litige

Les questions en litige ont été circonscrites devant notre Cour. Essentially, le débat porte sur l'existence d'un préjudice et celle du lien de causalité. La faute du comptable Masson n'est plus en question. Bien que l'appelante n'ait pas admis formellement cette faute, elle nie la responsabilité de

fault, she denied Masson's liability on the basis that the other constituent elements of civil liability are not present.

In the alternative, the appellant disputed the quantum of the award and the arrangements for payment of the award. This part of the appeal relates primarily to the conclusion by the Court of Appeal that the debt is indivisible. In the submission of the appellant, the concept of indivisibility does not apply. The decision of the Court of Appeal violates the principle of privity of contracts by making Masson a joint and several co-debtor for the balance of the selling price of the properties. If a fault was committed, the quantum must be determined as at the date of the discharge and cannot bear interest other than the legal interest and the additional indemnity provided in art. 1078.1 *C.C.L.C.* The appellant added that the award *in solidum* should have been made only with respect to an amount estimated at \$182,476.88 with interest and the additional indemnity. From a practical standpoint, varying the award on that basis would considerably reduce the quantum of the debt. If the legal interest and additional indemnity provided by the *Civil Code of Lower Canada* were applied solely to the principal owing by the estate of Masson, the amount of the award would drop from just over \$600,000 (including contractual interest and anatocism) to approximately \$300,000.

The respondent vigorously defended the judgment. It criticized the appellant for reviving the theory of subsidiarity of an action for professional fault, which has of late been discredited by the Quebec courts. Masson's fault was proved, and the existence and quantum of damages was established. Under the *Civil Code of Lower Canada*, the Court of Appeal had the authority to find that the debt was indivisible by reason of the nature of the legal relationship among the co-debtors. On the question of causality, the respondent added that it was impossible to restore the parties to their original condition, even after nullifying the discharge signed on December 21, 1990, in part, since transactions involving the lots had taken place since that date. On that point, the parties filed a number of documents virtually the day before the hearing, which were intended to establish that there had or had not

Masson sur la base de l'absence des autres éléments constitutifs de la responsabilité civile.

Incidentement, l'appelante conteste le montant de la condamnation et les modalités de celle-ci. Cette partie du pourvoi vise principalement la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la créance est indivisible. Selon l'appelante, le concept d'indivisibilité ne s'applique pas. Le jugement de la Cour d'appel viole le principe de l'effet relatif des contrats en transformant Masson en un codébiteur solidaire du solde de prix de vente des immeubles. Si une faute a été commise, le montant de celle-ci doit être déterminé à la date de la quittance et ne peut porter un autre intérêt que l'intérêt légal et l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1078.1 *C.c.B.C.* L'appelante ajoute que la condamnation *in solidum* n'aurait dû être prononcée que pour un montant estimé à 182 476,88 \$ avec intérêts et l'indemnité additionnelle. D'un point de vue pratique, cette modification des conclusions abaisserait le montant de la créance de façon considérable. En effet, si l'on appliquait uniquement au capital dû par la succession de Masson l'intérêt légal et l'indemnité additionnelle prévue au *Code civil du Bas Canada*, le montant de la condamnation passerait d'un peu plus de 600 000 \$ (les intérêts contractuels et l'anatocisme compris) à environ 300 000 \$.

L'intimée défend vigoureusement le jugement. Elle reproche à l'appelante de faire renaître la théorie de la subsidiarité du recours en responsabilité professionnelle que la jurisprudence québécoise a récemment discréditée. La faute de Masson est démontrée, et l'existence et le montant des dommages établis. Le *Code civil du Bas Canada* permettait à la Cour d'appel de conclure à l'indivisibilité de la créance en raison de la nature des rapports juridiques entre les codébiteurs. Quant au lien de causalité, l'intimée ajoute que la remise en état des parties est impossible, même après l'annulation partielle de la quittance signée le 21 décembre 1990, étant donné que des transactions impliquant les terrains sont intervenues depuis cette date. À ce sujet, les parties ont produit une série de documents presque à la veille de l'audience. Ceux-ci tentaient d'établir l'existence ou l'absence du préjudice. Ils ont en

12

13

been damage. Those documents have in common that they were filed late and were not in the record on appeal, although they were in the record at trial.

14 The parties have thus submitted two main questions for the Court's consideration, along with a number of sub-questions. I will consider first the causality of the fault committed by Masson and the evidence of damage. I will then examine the conclusion of the Court of Appeal that the debts were indivisible and its consequences on the quantum of the award. It will also be recalled that this case is subject to the provisions of the *Civil Code of Lower Canada*.

A. Causality and Damage

15 The appellant correctly pointed out that the law of delictual or contractual civil liability does not require merely a finding of fault. Damage and causality must also be proved. The appellant argued that although the accountant's fault was established, the other constituent elements of civil liability were not. In substance, she argued that the damage had not occurred at the time the proceedings were commenced. She added that it was impossible to prove the existence and quantum of the damage before establishing that the parties could not be restored to their original condition because the debt could not be recovered. Whether there was damage, and the evidence of that damage, depended on the steps that the Perras estate should have taken to recover after the discharge was nullified. It was only after that stage that the conditions on which an action against the accountant could be commenced would have been met.

16 This argument is based on an erroneous analysis of the legal situation created by the discharge signed on December 21, 1990. That discharge extinguished not only the sureties that secured the payment of the debt, but also the debt itself. The terms of the discharge are clear on that point:

[TRANSLATION] WHICH amounts of principal and interest being now paid and discharge given, the party appearing herein gives a general and final discharge and requires the Registrar of the Chambly registry office to strike out all rights, privileges, hypothecs, effects of the giving-in-payment clause and all other rights created in

commun le fait d'avoir été présentés tardivement et d'avoir été omis du dossier d'appel, sinon, de celui de première instance.

Les parties soumettent ainsi à l'examen de la Cour deux questions principales auxquelles se rattachent certaines sous-questions. J'examinerai d'abord le caractère causal de la faute de Masson et la preuve du préjudice. J'étudierai ensuite la conclusion de la Cour d'appel quant à l'indivisibilité des dettes et à ses conséquences sur le montant de la condamnation. On se souviendra, par ailleurs, que cette affaire demeure soumise aux dispositions du *Code civil du Bas Canada*.

A. La causalité et le préjudice

À juste titre, l'appelante souligne que le droit de la responsabilité civile délictuelle ou contractuelle ne suppose pas seulement la constatation d'une faute. Il faut également démontrer le préjudice et le lien de causalité. L'appelante plaide que même si la faute du comptable est établie, les autres éléments constitutifs de la responsabilité civile ne le sont pas. En substance, elle prétend que le dommage n'était pas réalisé lors de l'institution des procédures. Elle ajoute qu'il n'était pas possible de prouver l'existence et le montant du dommage avant d'avoir établi que la remise en état des parties était irréalisable en raison de l'impossibilité de recouvrer la créance. L'existence et la preuve d'un dommage éventuel dépendaient des mesures de recouvrement que la succession Perras aurait dû entamer à la suite de l'annulation de la quittance. Ce n'est qu'après cette étape que les conditions d'ouverture d'un recours contre le comptable auraient été réunies.

Cette prétention repose sur une analyse erronée de la situation juridique créée par la quittance signée le 21 décembre 1990. Celle-ci a non seulement éteint les sûretés garantissant le paiement de la créance, mais aussi la créance elle-même. Les termes de cette quittance sont clairs à cet égard :

LESQUELLES sommes de capital et d'intérêt étant maintenant payées et dont quittance, la Comparante aux présentes donne une quittance générale et finale et requiert le Régistrateur du bureau d'enregistrement de Chambly de faire la radiation de tous droits, privilèges, hypothèques, effets de la clause de dation-en-paiement et

its favour by registration of the deeds described above and registered as stated above as Numbers 800271, 826127, 800270 and 826128.

THE within Discharge revokes and nullifies all receipts previously given.

On December 21, 1990, Perras' legal status in relation to Masson crystallized. As a result of the fault committed by Masson, Perras lost his right to claim and the sureties associated with it. Since his damage was present and actual, he was not required to exhaust his remedies against the debtors before commencing his action in professional liability. In relation to Masson, Perras had a right of claim based on his adviser's professional liability. The claim was equivalent to the loss incurred, which was established as \$182,476.88 in principal and interest as at December 21, 1990. The conditions on which a civil liability action against Masson could be commenced had then been met. A fault had been committed, and damage resulting from that fault had been established. Contrary to the appellant's argument, the damage was not purely contingent in nature. The existence and determination of that damage did not depend on the recovery proceedings that Perras could have commenced against his debtors having been exhausted.

The appellant's argument revives the theory of the subsidiarity of an action for professional liability. That theory was strongly criticized in a judgment by Lesage J. of the Quebec Superior Court in 1986. The criticism prompted a radical change in the case law. As Lesage J. stated, the theory enjoyed considerable popularity in the case law before 1986, particularly in the area of notarial liability. When problems relating to professional liability were brought before the courts, they had to determine whether there had been damage and whether the quantum of the damage had been established. (See *Caisse populaire de Charlesbourg v. Lessard*, [1986] R.J.Q. 2615, at p. 2622.) Once the existence of damage had been proved, there was no further impediment to an action against the professional. In other words, the approach that was taken in the past placed a person who committed a professional fault in the same position as a mere surety who was entitled to demand that remedies against the other

tous autres droits créés en sa faveur par l'enregistrement des actes ci-haut mentionnés et enregistrés tel que susdit, sous les Numéros 800271, 826127, 800270 et 826128.

LA présente Quittance annule et annule tous reçus donnés antérieurement.

Le 21 décembre 1990, la situation juridique de Perras à l'égard de Masson s'était cristallisée. Par la faute de Masson, Perras avait perdu sa créance et les sûretés qui l'accompagnaient. Son préjudice étant né et actuel, il n'était pas tenu d'épuiser ses recours contre les débiteurs avant d'intenter son recours en responsabilité professionnelle. À l'égard de Masson, Perras se trouvait titulaire d'une créance fondée sur la responsabilité professionnelle de son conseiller. Celle-ci équivalait à la perte subie qui s'établissait à 182 476,88 \$ en capital et intérêts au 21 décembre 1990. Les conditions d'un recours en responsabilité civile contre Masson se trouvaient alors réunies. Une faute avait été commise, un préjudice découlant de cette faute avait été établi. Le préjudice n'avait pas, comme le prétend l'appelante, un caractère purement éventuel. Sa naissance et sa détermination ne dépendaient pas de l'épuisement des procédures de recouvrement que Perras aurait pu entamer contre ses débiteurs.

L'argument de l'appelante fait revivre la théorie de la subsidiarité du recours en responsabilité professionnelle, théorie qui a été vivement critiquée par un jugement de la Cour supérieure du Québec prononcé par le juge Lesage en 1986. Cette critique a provoqué un revirement de jurisprudence. Comme le soulignait le juge Lesage, avant 1986, cette théorie avait connu une faveur jurisprudentielle significative, particulièrement dans le domaine de la responsabilité notariale. Saisis de problèmes de responsabilité professionnelle, les tribunaux devaient déterminer si le préjudice existait et si le montant de ce dernier était établi. (Voir *Caisse populaire de Charlesbourg c. Lessard*, [1986] R.J.Q. 2615, p. 2622.) Une fois l'existence du préjudice démontrée, aucun obstacle additionnel n'empêchait la poursuite contre le professionnel. Autrement dit, la solution qui prévalait antérieurement assimilait l'auteur d'une faute professionnelle à une simple caution qui avait le droit d'exiger l'épuisement des

17

18

debtors be exhausted. An action in professional liability was subject at that time to a sort of prior obligation of discussion. Since that time, the courts have rejected that approach and acknowledged that an action may be brought immediately once the existence and the quantum of damage are established. (See *Caisse populaire St-Étienne-de-la-Malbaie v. Tremblay*, [1990] R.D.I. 483 (C.A.); *Leenat Ltée v. Bierbrier*, [1987] R.D.J. 551 (C.A.); *Bourque v. Héту*, [1992] R.J.Q. 960 (C.A.); *Tamper Corp. v. Johnson & Higgins Willis Faber Ltd.*, [1993] R.R.A. 739 (C.A.); P.-Y. Marquis, *La responsabilité civile du notaire* (1999), at pp. 48-52; J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5th ed. 1998), at p. 929.)

recours contre les autres débiteurs. Le recours en responsabilité professionnelle était alors assujéti à une sorte d'obligation préalable de discussion. Depuis, la jurisprudence a écarté cette solution et a admis la recevabilité immédiate du recours, une fois l'existence et le montant du dommage établis. (Voir *Caisse populaire St-Étienne-de-la-Malbaie c. Tremblay*, [1990] R.D.I. 483 (C.A.); *Leenat ltée c. Bierbrier*, [1987] R.D.J. 551 (C.A.); *Bourque c. Héту*, [1992] R.J.Q. 960 (C.A.); *Tamper Corp. c. Johnson & Higgins Willis Faber Ltd.*, [1993] R.R.A. 739 (C.A.); P.-Y. Marquis, *La responsabilité civile du notaire* (1999), p. 48-52; J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5^e éd. 1998), p. 929.)

19

The respondent, relying on the validity of its cause of action, did not believe that it was required to adduce evidence at trial of the legal situation created by the discharge and the subsequent transactions. The problems that arose in this case show, however, that it would have been better to provide the trial judge with a clear picture of the situation. In this Court, and at this late point, the parties sought to establish what had occurred, in order to argue the issue of whether the parties could be restored to their original condition if the discharge were nullified in part. The Court of Appeal did indeed find that this could not be done. It must be acknowledged that while this conclusion was certainly plausible and logical, the factual basis for it was sketchy, not to say non-existent, given the contents of the appeal record. The explanations given to the Court regarding the registration of other hypothecary charges on the properties and regarding subsequent transactions seem reasonable. However, the comments made at the hearing, and the incomplete documentary evidence, filed late, are a poor substitute for proper evidence. Proper evidence would not have compromised the legal positions of the parties, but would have provided the courts with more complete information and thus avoided what may have been pointless debate. The fact remains, however, that 10 years later, the Perras estate has still not had its debt repaid. As noted earlier, the amount of that debt has been established and there is a valid cause of action against Masson.

Se retranchant derrière la recevabilité de son action, l'intimée n'a pas cru devoir faire au procès une preuve de la situation juridique créée par la quittance et des transactions survenues ultérieurement. Les difficultés survenues dans ce dossier démontrent cependant qu'il eut mieux valu tracer un portrait clair de la situation devant le juge de première instance. Devant notre Cour, tardivement, les parties ont tenté d'établir ce qui est survenu, afin de discuter de la possibilité d'une remise en état des parties après l'annulation partielle de la quittance. La Cour d'appel avait certes conclu à l'impossibilité de celle-ci. On doit reconnaître que cette conclusion s'avèrait sans doute plausible et logique, mais reposait sur une base factuelle sommaire, voire inexistante, dans l'état du dossier d'appel. Les explications données devant la Cour quant à l'enregistrement d'autres charges hypothécaires sur les immeubles et quant à des transactions ultérieures paraissent raisonnables. Cependant, ces commentaires à l'audience, de même que le dépôt tardif d'une documentation partielle, remplacent mal une preuve adéquate. Celle-ci n'aurait pas compromis les positions juridiques des parties, mais aurait fourni aux tribunaux une information plus complète et ainsi évité des débats peut-être inutiles. Il demeure toutefois qu'après 10 ans, la succession Perras n'a toujours pas obtenu un remboursement de sa créance. Tel que mentionné plus haut, le montant de celle-ci est établi et la poursuite intentée contre Masson est recevable.

However, it is important that the legal situation created by Masson's fault and the subsequent signing of the discharge be properly understood. On December 21, 1990, after that discharge was signed and the payments had been received from its debtors, the Perras estate acquired a claim for \$182,476.88 against Masson in contractual damages. At the same time, 2639-1565 Québec inc. and other parties were indebted for the unpaid balance of the hypothecary debt, interest in respect of which was established in accordance with the earlier deeds of sale. The \$182,476.88 was part of a larger amount owed by 2639-1565 Québec inc., which could have been claimed both from it and from Masson.

B. *The Problem of Indivisibility and Joint and Several Liability*

This situation created a legal problem that the Court of Appeal believed it had solved by finding that the debts were indivisible, since the same sum of money was owed by two different debtors as a debt for contractual liability and as the balance of the selling price. In a case like this, the law of obligations allows the creditor to recover its debt effectively, but it may not be overcompensated. For one thing, the creditor cannot be permitted to recover its debt twice. For another, the relationship among the co-debtors must be organized in a manner that reflects the principles of the law of obligations and concern for a fair apportionment of the legal responsibilities of each party in the situation created by the conflict. To achieve those objectives, the Superior Court found liability to be joint and several, and the Court of Appeal found it to be indivisible.

With respect, the *Civil Code of Lower Canada* does not provide for indivisibility in such a case. Article 1124 *C.C.L.C.* provides:

1124. An obligation is indivisible:

1. When it has for its object something which by its nature is not susceptible of division, either materially or intellectually;
2. When although the object of the obligation is divisible by its nature, yet from the character given to

Il importe cependant de bien comprendre la situation juridique créée par la faute de Masson et la signature ultérieure de la quittance. En date du 21 décembre 1990, à la suite de la signature de cette quittance et des paiements reçus de ses débiteurs, la succession Perras se trouvait titulaire d'une créance de dommages contractuels contre Masson de 182 476,88 \$. En même temps, 2639-1565 Québec inc. et d'autres parties se trouvaient débitrices du solde impayé de la créance hypothécaire dont les intérêts étaient établis conformément à des actes de vente intervenus antérieurement. La somme de 182 476,88 \$ faisait ainsi partie d'un montant plus important dû par 2639-1565 Québec inc., montant qui pouvait être réclamé tant de celle-ci que de Masson.

B. *Le problème de l'indivisibilité et de la solidarité*

Cette situation a créé une difficulté juridique que la Cour d'appel a cru régler en concluant à l'indivisibilité des dettes, puisqu'une même somme d'argent se trouvait due comme créance de responsabilité contractuelle et comme solde de prix de vente par deux débiteurs différents. En pareil cas, le droit des obligations veut permettre au créancier de recouvrer efficacement sa dette, tout en évitant une surindemnisation. D'une part, on ne saurait permettre au créancier de recouvrer deux fois sa créance. D'autre part, il faut aménager les rapports entre les codébiteurs d'une façon qui tienne compte des principes du droit des obligations et du souci d'une répartition juste des responsabilités juridiques de chacun dans la situation créée par ce conflit. Pour atteindre ces objectifs, la Cour supérieure a conclu à la solidarité, la Cour d'appel à l'indivisibilité.

Avec respect, le *Code civil du Bas Canada* ne prévoit pas l'indivisibilité en pareil cas. L'article 1124 *C.c.B.C.* énonce que :

1124. L'obligation est indivisible:

1. Lorsqu'elle a pour objet quelque chose qui par sa nature n'est pas susceptible de division soit matérielle ou intellectuelle;
2. Lorsque l'objet, quoique divisible de sa nature, ne peut cependant être susceptible de division ou d'exé-

20

21

22

it by the contract, this object becomes insusceptible not only of performance in parts but also of division.

23 This is certainly not a case in which the object of the obligation is insusceptible of division, since it consists of a sum of money. We are not concerned, for example, with the delivery of a certain and determinate physical object, such as a vehicle.

24 The debts involve a sum of money owing by two different debtors and arising from separate sources. By its nature, the obligation to pay a sum of money is susceptible of division. There is virtually no disagreement in the literature on this point. (See P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 5, 1901, at p. 505; J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (5th ed. 1998), No. 627, at p. 486; J. Pineau and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), No. 400, at pp. 687-88; M. Tancelin, *Des obligations: actes et responsabilités* (6th ed. 1997), Nos. 1336-38, at pp. 683-84.) Certainly, the Court of Appeal intended to say that the sum of money owing as a result of this proceeding could be recovered from any one of the debtors. Indivisibility was an approach that was not legally available in the circumstances of this case.

25 Furthermore, the concept of passive joint and several liability, in the strict sense of that term, does not apply. Article 1106 *C.C.L.C.* deals with delictual liability and does not relate directly to a legal situation in which two debts involving the same sum of money arise from two separate sources. The appellant submits that the only concept that accurately reflects the situation is obligation *in solidum*. A French writer, F. Chabas, has provided a clear statement of the sometimes fine distinctions among the concepts of joint and several obligations, indivisible obligations, and obligations *in solidum*. The purpose of the last-named concept is to organize the manner in which more than one debt relating to a single object may coexist.

[TRANSLATION] In joint and several obligations, the object of the obligation is divided: there is more than one debt, and each represents a fraction; the joint and several liability relates solely to the mutual representation of the co-debtors. In obligation *in solidum*, the object of the

cution par parties, à raison du caractère qui lui est donné par le contrat.

On ne se trouve certainement pas ici devant un cas où l'objet de l'obligation n'est pas susceptible de division puisqu'il consiste en une somme d'argent. Il ne s'agit pas, par exemple, de la livraison d'un objet matériel certain et déterminé, tel un véhicule.

Les créances portent sur une somme d'argent exigible de deux débiteurs différents et provenant de sources distinctes. Par sa nature, l'obligation de payer une somme d'argent reste susceptible de division. L'on ne voit guère de conflits dans la doctrine à ce sujet. (Voir P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 5, 1901, p. 505; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (5^e éd. 1998), n^o 627, p. 486; J. Pineau et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4^e éd. 2001), n^o 400, p. 687-688; M. Tancelin, *Des obligations : actes et responsabilités* (6^e éd. 1997), n^{os} 1336-1338, p. 683-684.) La Cour d'appel voulait, certes, indiquer que la somme d'argent due à la suite de ce débat judiciaire pouvait être recouvrée indifféremment de l'un ou l'autre des débiteurs. L'indivisibilité ne représentait pas une solution juridiquement possible dans les circonstances de cette affaire.

Par ailleurs, au sens strict du terme, le concept de solidarité passive ne s'applique pas. L'article 1106 *C.c.B.C.* porte sur la responsabilité délictuelle et ne vise pas directement la situation juridique où deux dettes portant sur une même somme d'argent proviennent de deux sources distinctes. L'appelante soutient que le seul concept qui tiendrait compte correctement de la situation serait celui de l'obligation *in solidum*. Un auteur français, F. Chabas, souligne bien les distinctions, parfois délicates, qui existent entre les concepts d'obligations solidaires, indivisibles et *in solidum*. Ce dernier concept vise à aménager la coexistence de plusieurs dettes portant sur un même tout.

Dans les obligations solidaires, l'objet de l'obligation se divise : il y a plusieurs dettes, chacune à une fraction; la solidarité tient seulement à la représentation réciproque des codébiteurs. Dans l'obligation *in solidum*, l'objet de la dette ne se divise pas : il y a plusieurs dettes au

debt is not divided; there is more than one debt for the whole amount. *In indivisible obligation, there is more than one debt, each for a fraction*, as in the case of joint and several obligations, but it is impossible to divide the object of the obligation: payment can be made only in full, and *each indivisible debtor is liable to pay the whole, not because it represents the others* — it does not represent them — , *or because it owes the whole* — it owes only its share — , *but because the whole is indivisible*. [Emphasis in original.]

(H., L. and J. Mazeaud and F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations: théorie générale* (9th ed. 1998), at p. 1124)

Passive joint and several liability is one of the principal mechanisms created by the law of obligations to facilitate execution of an obligation against more than one debtor and to organize the legal relationship among them. As Chabas points out, it is based on a concept of mutual representation. (See also Baudouin and Jobin, *supra*.) In the event that a debt is susceptible of division, passive joint and several liability enables the creditor to look to any one of the debtors, leaving them to debate the appropriate apportionment of the payment among themselves. What art. 468 *C.C.P.* does is to create a convenient procedural vehicle for resolving a debate of that kind.

The situation that the parties are in does not fall within the express terms of the instances of joint and several liability set out in the *Civil Code of Lower Canada*. In French civil law, where the Civil Code did not contain a provision similar to art. 1106 *C.C.L.C.* regarding joint and several liability in delictual liability matters, the authors and the courts developed the concept of imperfect joint and several liability or obligation *in solidum*. As Chabas points out, that theory made it possible to organize the legal rules governing diverse but concurrent debts the object of which was the same, at least in part. (See Mazeaud and Chabas, *supra*, and F. Chabas, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation* (1967), at pp. 23 *et seq.*; P. Malaurie and L. Aynès, *Cours de droit civil — Les obligations* (9th ed. 1998), vol. VI, at pp. 707 *et seq.*; B. Starck, H. Roland and L. Boyer, *Les obligations*, t. 3, *Régime général* (6th ed. 1998), at pp. 111 *et seq.*)

tout. *Dans l'obligation indivisible, il y a plusieurs dettes, chacune à une fraction*, comme en cas de solidarité, mais il est impossible de diviser l'objet de l'obligation : le paiement ne peut se faire qu'en totalité. *Chaque codébiteur indivisible est tenu d'exécuter le tout, non parce qu'il représente les autres* — il ne les représente pas — , *ni parce qu'il doit le tout* — il ne doit que sa part — , *mais parce que l'objet de l'obligation est indivisible*. [En italique dans l'original.]

(H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations : théorie générale* (9^e éd. 1998), p. 1124)

La solidarité passive constitue l'un des principaux mécanismes créés par le droit des obligations pour faciliter l'exécution d'une obligation contre une pluralité de débiteurs et pour régler les rapports juridiques entre eux. Comme le souligne Chabas, elle repose sur un concept de représentation mutuelle. (Voir aussi Baudouin et Jobin, *op. cit.*) Dans le cas où une dette est susceptible de division, elle permet au créancier de s'adresser indifféremment à l'un ou l'autre des débiteurs, laissant ceux-ci débattre entre eux la question de la répartition appropriée du paiement. D'ailleurs, l'art. 468 *C.p.c.* crée un véhicule procédural commode pour régler ce type de débat.

La situation dans laquelle se trouvent les parties ne se situe pas dans les termes exprès des cas de solidarité prévus au *Code civil du Bas Canada*. En droit civil français, où le code civil ne contenait pas une disposition similaire à l'art. 1106 *C.c.B.C.* sur la solidarité en matière délictuelle, la doctrine et la jurisprudence ont développé le concept d'une solidarité imparfaite ou d'obligation *in solidum*. Comme le souligne Chabas, cette théorie permettait de régler le régime juridique de dettes diverses, mais concurrentes, dont l'objet se trouvait le même, au moins en partie. (Voir Mazeaud et Chabas, *op. cit.*, et aussi F. Chabas, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation* (1967), p. 23 *et suiv.*; P. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil — Les obligations* (9^e éd. 1998), t. VI, p. 707 *et suiv.*; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Les obligations*, t. 3, *Régime général* (6^e éd. 1998), p. 111 *et suiv.*)

26

27

28 This concept, which has been criticized frequently in French law and on which opinion is not unanimous among the authors in Quebec, is derived from the general concept of joint and several liability and is consistent with the general policy of that part of the law of obligations, which is to protect the creditor while allowing for a fair apportionment of obligations among the debtors. The incorporation of that concept in Quebec civil law as art. 1106 C.C.L.C., which allowed a victim of damage that was caused by several separate delictual faults to look to any one of the debtors for compensation, was consistent with that legal policy.

29 Obligation *in solidum*, as has been recognized by the courts, reiterates the fundamental elements of the institution of joint and several liability. When two debts relate to the same object, it allows the creditor to look to any one of the debtors for payment. The debtor who has paid is then subrogated in the rights of the creditor against its co-debtor. In practice, this concept has been applied frequently by the courts in Quebec law. (*Proulx v. Leblanc*, [1969] S.C.R. 765; *Bilodeau v. Bergeron*, [1975] 2 S.C.R. 345; *Goedeke-Molitor v. Crown Trust Co.*, C.A. Montréal, February 5, 1985, J.E. 85-232; *Hervé Rancourt Construction inc. v. Sévigny*, [1989] R.R.A. 751 (C.A.); *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.), rev'd on other grounds, [1992] 1 S.C.R. 382; *Transport Brazeau inc. v. Noranda inc.*, [1990] R.R.A. 393 (C.A.); *Véranda Industries inc. v. Beaver Lumber Co.*, [1992] R.J.Q. 1763 (C.A.)) However, other decisions, sometimes by the same courts, have expressed more reservations. (See *Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1970] C.S. 145 (aff'd [1970] C.A. 265, rev'd on other grounds [1977] 1 S.C.R. 659); *Berthiaume v. Richer*, [1975] C.A. 638; Baudouin and Jobin, *supra*, at pp. 477-78).

30 Baudouin and Jobin, *supra*, at p. 478, expressed the effects of an obligation *in solidum* as follows:

[TRANSLATION] In effect, insofar as it is agreed that since (perfect) joint and several liability is an exceptional regime, (perfect) joint and several liability will exist only where the legislature has expressly prescribed it, or where the parties have clearly agreed to it, and that, in addition,

Souvent critiquée en droit français et n'ayant pu faire l'unanimité en doctrine québécoise, cette notion dérive du concept général de solidarité et respecte l'orientation générale de cette partie du droit des obligations. Celui-ci veut protéger le créancier, tout en permettant une répartition juste des obligations entre les débiteurs. Sa réception en droit civil québécois à l'art. 1106 C.c.B.C., qui permettait à la victime d'un préjudice causé par plusieurs fautes délictuelles distinctes de s'adresser indifféremment à un ou l'autre des débiteurs, respectait cette orientation du droit.

L'obligation *in solidum*, tel que l'a reconnu la jurisprudence, reprend les éléments fondamentaux de l'institution de la solidarité. Dès lors que deux dettes portent sur un même objet, elle permet au créancier de s'adresser indifféremment à l'un ou l'autre des débiteurs. Celui qui a payé est alors subrogé dans les droits du créancier contre son codébiteur. En pratique, cette notion a été utilisée fréquemment par la jurisprudence québécoise. (*Proulx c. Leblanc*, [1969] R.C.S. 765; *Bilodeau c. Bergeron*, [1975] 2 R.C.S. 345; *Goedeke-Molitor c. Crown Trust Co.*, C.A. Montréal, 5 février 1985, J.E. 85-232; *Hervé Rancourt Construction inc. c. Sévigny*, [1989] R.R.A. 751 (C.A.); *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.), inf. pour d'autres motifs, [1992] 1 R.C.S. 382; *Transport Brazeau inc. c. Noranda inc.*, [1990] R.R.A. 393 (C.A.); *Véranda Industries inc. c. Beaver Lumber Co.*, [1992] R.J.Q. 1763 (C.A.)) Toutefois, d'autres jugements, parfois des mêmes juridictions s'y montraient plus réticents. (Voir *Cargill Grain Co. c. Foundation Co. of Canada Ltd.*, [1970] C.S. 145 (conf. par [1975] C.A. 265, inf. pour d'autres motifs, [1977] 1 R.C.S. 659); *Berthiaume c. Richer*, [1975] C.A. 638; et Baudouin et Jobin, *op. cit.*, p. 477-478.)

Baudouin et Jobin, *op. cit.*, p. 478, soulignent ainsi les effets d'une obligation *in solidum* :

En effet, dans la mesure où l'on s'entend pour dire que, la solidarité (parfaite) étant un régime d'exception, il n'y aura de solidarité (parfaite) que lorsque le législateur l'aura prescrit expressément ou que les parties en auront convenu clairement, et que par ailleurs les effets secon-

the secondary effects of joint and several liability do not arise in imperfect joint and several liability, the purpose of the category is apparently to clarify the law in certain circumstances where debtors are liable for an identical object but are not subject to the secondary effects of joint and several liability. Thus, the category of obligations *in solidum* allows for expeditious determination of how two debtors for the same amount of money, arising under separate legal instruments not resulting in perfect joint and several liability, are each liable for the full amount and not for a share pro rata, and how full payment by one results in extinction of the debt and entitles that debtor to an equivalent contribution from the other debtor.

(See *Proulx v. Leblanc*, [1969] B.R. 461, aff'd [1969] S.C.R. 765.)

A recent decision of the Quebec Court of Appeal adopted this concept of obligation *in solidum* to solve a problem resulting from the application of a penalty clause securing a non-competition obligation in a sale of the shares of a company. (See *Dostie v. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026 (C.A.)) In that case a notary had knowingly facilitated the violation of a non-competition obligation by advising the parties to a transaction and preparing the legal instruments required for it. The creditor then looked to his debtor but also to the notary who had acted in the transaction.

The Quebec Court of Appeal held that there was no doubt as to the notary's liability. It was argued, and accepted by Chamberland J.A. in his dissenting opinion, that the notary could be held both wholly and jointly and severally liable for the entire claim, including the claim resulting from the penalty clause. To explain the legal situation created by the existence of both an extra-contractual debt and a contractual obligation, the majority of the Court of Appeal, for the reasons stated by Dussault J.A., relied on the concept of obligation *in solidum* (see p. 1038). The principle of the privity of contracts prohibited treating the notary as a co-debtor of the penalty clause. Dussault J.A. then found (at p. 1039) that there was an obligation *in solidum* with respect to the notary, limited to the quantum of damages that could be attributed to his personal fault:

dares de la solidarité ne se retrouvent pas dans la solidarité imparfaite, la catégorie semble avoir comme vocation de clarifier le droit dans certaines circonstances où des débiteurs sont responsables pour un objet identique sans être assujettis aux effets secondaires de la solidarité. Ainsi, la catégorie des obligations *in solidum* permet de saisir rapidement comment deux débiteurs d'un même montant d'argent, en vertu d'actes juridiques distincts n'entraînant pas la solidarité parfaite, sont tenus chacun au plein montant, et non à une quote-part, et que le paiement complet par l'un entraîne l'extinction de la créance et ouvre le droit à un récursoire contre l'autre débiteur.

(Voir *Proulx c. Leblanc*, [1969] B.R. 461, conf. par [1969] R.C.S. 765.)

Un arrêt récent de la Cour d'appel du Québec a repris cette notion d'obligation *in solidum* pour régler une difficulté résultant de l'application d'une clause pénale garantissant une obligation de non concurrence dans une vente d'actions d'une société commerciale. (Voir *Dostie c. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026 (C.A.)) En l'espèce, un notaire avait, en toute connaissance de cause, facilité la violation d'une obligation de non concurrence en conseillant les parties à une transaction et en rédigeant les actes nécessaires à celle-ci. Le créancier s'était alors adressé à son débiteur, mais aussi au notaire instrumentant.

Selon la Cour d'appel du Québec, la responsabilité du notaire ne faisait pas de doute. Selon certaines prétentions, d'ailleurs retenues par la dissidence du juge Chamberland, le notaire pouvait être tenu entièrement et solidairement responsable de la totalité de la réclamation, y compris celle résultant de la clause pénale. Pour expliquer la situation juridique créée par l'existence d'une créance extra-contractuelle d'une part, et celle d'une obligation contractuelle d'autre part, la majorité de la Cour d'appel, pour des motifs exprimés par le juge Dussault, eut recours à la notion d'obligation *in solidum* (voir p. 1038). Le principe de l'effet relatif des contrats interdisait de traiter le notaire comme un codébiteur de la clause pénale. Le juge Dussault conclut alors à l'existence d'une obligation *in solidum* quant au notaire, limitée au montant des dommages que l'on pouvait rattacher à sa faute personnelle (à la p. 1039) :

31

32

[TRANSLATION] Since Dostie, Fortier and Charland contributed to the damage suffered by Sabourin, Dostie by his contractual fault and Fortier and Charland by their delictual faults, I find, like my colleague Chamberland J.A., without disposing of the question other than under the *Civil Code of Lower Canada*, that an obligation *in solidum* has arisen; in my view, however, that obligation exists only with respect to compensation for the damage actually suffered by Sabourin, that is, a loss in the amount of \$25,000. The contractual damages resulting from the per diem penalties provided in the non-competition clause amount to \$90,000. Dostie, who alone signed that clause, must therefore pay the full amount of the remaining penalty, \$65,000.

For these reasons, I would find Dostie to be contractually liable and order him on that basis to pay \$65,000 as a comminatory penalty and to pay \$25,000 as a compensatory penalty *in solidum* with Fortier and Charland, both of whom are delictually liable.

Dostie, Fortier et Charland ayant contribué au préjudice subi par Sabourin, le premier par sa faute contractuelle et les deux autres par leurs fautes délictuelles, je conclus, comme mon collègue Chamberland, sans me prononcer autrement que sous le *Code civil du Bas-Canada*, qu'il en découle une obligation *in solidum*, mais je suis d'avis qu'elle n'existe qu'à l'égard de la réparation du préjudice effectivement subi par Sabourin, soit une perte évaluée à 25 000 \$. Or, les dommages contractuels découlant des pénalités quotidiennes prévues à la clause de non-concurrence s'élèvent à 90 000 \$, Dostie, seul signataire de cette clause, devra donc assumer entièrement la pénalité de la somme de 65 000 \$ qui subsiste.

Pour ces motifs, je retiendrais la responsabilité contractuelle de Dostie et le condamnerais sur cette base au paiement de 65 000 \$ à titre de pénalité comminatoire, et au paiement de la somme de 25 000 \$ à titre de pénalité compensatoire *in solidum* avec Fortier et Charland, tous deux responsables sur le plan délictuel.

33 The concept of obligation *in solidum* allows for the legal problems arising from the relationship among the respondent's co-debtors to be solved in accordance with the general principles of joint and several liability and the objectives of the law of obligations. Masson was undeniably liable for damage that occurred on December 21, 1990, in the amount, as at that date, of \$182,476.88. The defendant 2639-1565 Québec inc. is also liable for the contractual amount of \$206,000 plus interest at the agreed rate. The object of the two debts is in part the same.

Le concept d'obligation *in solidum* permet de régler les difficultés juridiques posées par les rapports entre les codébiteurs de l'intimée conformément aux principes généraux de la solidarité et aux objectifs du droit des obligations. Masson est incontestablement responsable d'un préjudice qui s'est réalisé en date du 21 décembre 1990 et dont le montant, à cette date, s'élève à 182 476,88 \$. La défenderesse 2639-1565 Québec inc. est également tenue pour un solde contractuel de 206 000 \$ plus les intérêts au taux conventionnel. Ces deux dettes ont en partie un même objet.

34 As among the defendants, the obligations must be regarded as *in solidum*. This arrangement allows the respondent to look to Masson for recovery of the balance of \$182,476 with interest at the legal rate and the additional indemnity under art. 1078.1 *C.C.L.C.* The effect of the payment will be that this arrangement also allows Masson to be subrogated in the rights of Perras and to demand an equivalent contribution from 2639-1565 Québec inc., and from any other party was still indebted in respect of the balance of the selling price. Payment by Masson will leave a balance for which 2639-1565 Québec inc. will be indebted to General Trust, and for which General Trust could, as liquidator, exercise the

Entre les défendeurs, les obligations doivent être considérées *in solidum*. Cette modalité permet à l'intimée de s'adresser à Masson pour le recouvrement du solde de 182 476 \$ avec les intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle de l'art. 1078.1 *C.c.B.C.* Par l'effet du paiement, elle permet également à Masson d'être subrogé dans les droits de Perras et d'exercer un recours récursaire pour autant contre 2639-1565 Québec inc., et toute autre partie qui resterait débitrice de ce solde de prix de vente. Le paiement de Masson laissera un solde dont 2639-1565 Québec inc. demeurera débitrice vis-à-vis Trust Général, et pour lequel cette dernière pourait, en sa qualité de liquidatrice, exercer les droits

rights and realize on the sureties of the Perras estate, if any still exist.

VI. Conclusion

For these reasons, the appeal should be allowed in part. The disposition by the Court of Appeal should be varied to declare that the appellant is liable *in solidum* with 2639-1565 Québec inc. for a maximum of \$182,476.88 with interest at the legal rate and the additional indemnity under art. 1078.1 *C.C.L.C.*, and that, upon payment of that amount, she will be subrogated for an equivalent amount in the rights of the respondent against 2639-1565 Québec inc., with costs in this Court to the appellant, but without varying the costs awarded in the courts below.

Appeal allowed in part with costs.

Solicitors for the appellant: Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitor for the respondent: G. George Sand, Montréal.

et réaliser les sûretés de la succession Perras, s'il en est encore.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, l'appel est accueilli en partie. Les conclusions de la Cour d'appel devraient être modifiées afin de déclarer que l'appelante est tenue *in solidum* avec 2639-1565 Québec inc., jusqu'à concurrence d'une somme de 182 476,88 \$, avec intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle de l'art. 1078.1 *C.c.B.C.* et que, sur paiement de cette somme, elle sera subrogée pour autant aux droits de l'intimée contre 2639-1565 Québec inc., le tout avec dépens devant notre Cour en faveur de l'appelante, sans modifier toutefois l'adjudication des dépens devant les autres cours.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Ogilvy Renault, Montréal.

Procureur de l'intimée : G. George Sand, Montréal.

Deborah Smith *Appellant*

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the
Attorney General of Quebec and the Attorney
General of Manitoba** *Interveners*

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

Neutral citation: 2001 SCC 88.

File No.: 27844.

2001: November 7; 2001: December 7.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,
Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and
LeBel JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Claimant receiving unemployment insurance benefits while holidaying outside Canada — Claimant filling out Customs Declaration Form on return to Canada — Information contained on form disclosed to Canada Unemployment Insurance Commission — Commission ordering repayment of benefits received by claimant while outside Canada — Provision of information by Revenue Canada (Customs) to Commission not infringing claimant's right to be secure against unreasonable search or seizure — No reasonable expectation of privacy in relation to information disclosed to Commission — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 108(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Unemployment insurance legislation disentitling unemployment insurance claimants from receiving benefits while outside Canada — Legislation not infringing claimants' mobility rights — Canadian

Deborah Smith *Appelante*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

**Le procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Québec et le procureur
général du Manitoba** *Intervenants*

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

Référence neutre : 2001 CSC 88.

N° du greffe : 27844.

2001 : 7 novembre; 2001 : 7 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Basta-
rache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Prestataire d'assurance-chômage n'ayant pas signalé son absence du Canada — Prestataire remplissant un formulaire de déclaration de douane à son retour au Canada — Renseignements inscrits sur le formulaire communiqués à la Commission d'assurance-chômage du Canada — Commission ordonnant le remboursement des prestations touchées pendant le séjour à l'étranger — Disposition prévoyant la communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la Commission ne portant pas atteinte au droit du prestataire à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Absence d'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée en ce qui concerne les renseignements communiqués à la Commission — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 108(1)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Disposition en matière d'assurance-chômage rendant les prestataires d'assurance-chômage inadmissibles au bénéfice des prestations pendant qu'ils sont à l'étranger —

Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1) — Unemployment Insurance Act, R.S.C. 1985, c. U-1, s. 32(b).

Cases Cited

Referred to: *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 6(1), 8.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2000), 252 N.R. 172, 73 C.R.R. (2d) 196, [2000] F.C.J. No. 174 (QL), dismissing an application for judicial review from a decision of an Umpire, CUB-44824, dismissing a claimant's appeal from a decision of the Canada Unemployment Insurance Commission. Appeal dismissed.

Brian A. Crane, Q.C., and *Ritu Gambhir*, for the appellant.

Brian J. Saunders and *Anne M. Turley*, for the respondent.

Sean Hanley, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Gilles Laporte and *Isabelle Harnois*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Eugene B. Szach and *Donald Lofendale*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — We agree with the conclusions set out in the reasons of Rothstein J., the umpire, CUB-44824, as affirmed by Décary J.A. for the Federal Court of Appeal (2000), 73 C.R.R. (2d) 196.

As in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, there was no violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the facts of this case. We conclude that the appellant cannot be said to have held a reasonable expectation of privacy in relation to the disclosed portion of the E-311 Customs Information which outweighed the Canada Unemployment Insurance Commission's interest in ensuring compliance with self-reporting

Disposition ne portant pas atteinte à la liberté de circulation et d'établissement des prestataires — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1) — Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. 1985, ch. U-1, art. 32b).

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1), 8.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (2000), 252 N.R. 172, 73 C.R.R. (2d) 196, [2000] A.C.F. n° 174 (QL), qui a rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un juge-arbitre, CUB-44824, ayant rejeté l'appel d'une prestataire contre une décision de la Commission d'assurance-chômage du Canada. Pourvoi rejeté.

Brian A. Crane, c.r., et *Ritu Gambhir*, pour l'appelante.

Brian J. Saunders et *Anne M. Turley*, pour l'intimé.

Sean Hanley, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Gilles Laporte et *Isabelle Harnois*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Eugene B. Szach et *Donald Lofendale*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Nous souscrivons aux conclusions énoncées dans les motifs du juge-arbitre (le juge Rothstein), CUB-44824, et confirmées par le juge Décary de la Cour d'appel fédérale (2000), 73 C.R.R. (2d) 196.

Comme dans l'affaire *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, il n'y a eu aucune violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'après les faits du présent pourvoi. Nous concluons qu'on ne saurait dire que l'appelante avait, au sujet de la partie divulguée des renseignements inscrits sur le formulaire de déclaration de douane E-311, des attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée qui l'emportaient sur l'intérêt de la Commis-

obligations of the Unemployment Insurance benefit program.

sion d'assurance-chômage du Canada dans le respect des obligations d'autodéclaration imposées par le programme de prestations d'assurance-chômage.

3 Neither was there a breach of the appellant's mobility rights under s. 6(1) of the *Charter*.

Il n'y a eu également aucune atteinte à la liberté de circulation et d'établissement garantie à l'appelante par le par. 6(1) de la *Charte*.

4 We would dismiss the appeal.

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellant: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'appelante : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

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

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

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

The Privacy Commissioner of Canada
Appellant

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

INDEXED AS: PRIVACY ACT (CAN.) (RE)

Neutral citation: 2001 SCC 89.

File No.: 27846.

2001: November 7; 2001: December 7.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Privacy — Disclosure of personal information — Revenue Canada (Customs) disclosing information to Canada Employment Insurance Commission pursuant to memorandum of understanding for data capture and release of customs information on travellers — Program aimed at identifying those receiving employment insurance benefits while out of Canada — Disclosure of information authorized by Privacy Act and Customs Act — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8 — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 108(1).

Customs and Excise — Disclosure of information — Revenue Canada (Customs) disclosing information to Canada Employment Insurance Commission pursuant to memorandum of understanding for data capture and release of customs information on travellers — Program aimed at identifying those receiving employment insurance benefits while out of Canada — Disclosure of information authorized by Privacy Act and Customs Act — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8 — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 108(1).

Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada *Appelant*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

RÉPERTORIÉ : LOI SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS (CAN.) (RE)

Référence neutre : 2001 CSC 89.

N^o du greffe : 27846.

2001 : 7 novembre; 2001 : 7 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Protection des renseignements personnels — Communication de renseignements personnels — Communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la Commission de l'assurance-emploi du Canada aux termes d'un protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs — Programme ayant pour but d'identifier les prestataires d'assurance-emploi qui n'ont pas signalé leur absence du Canada — Communication de renseignements autorisée par la Loi sur la protection des renseignements personnels et la Loi sur les douanes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 108(1).

Douanes et accise — Communication de renseignements — Communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la Commission de l'assurance-emploi du Canada aux termes d'un protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs — Programme ayant pour but d'identifier les prestataires d'assurance-emploi qui n'ont pas signalé leur absence du Canada — Communication de renseignements autorisée par la Loi sur la protection des renseignements personnels et la Loi sur les douanes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 108(1).

Employment insurance — Disentitlement — Persons outside Canada — Revenue Canada (Customs) disclosing information to Canada Employment Insurance Commission pursuant to memorandum of understanding for data capture and release of customs information on travellers — Program aimed at identifying those receiving employment insurance benefits while out of Canada — Disclosure of information authorized by Privacy Act and Customs Act — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8 — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 108(1).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 3 F.C. 82, 251 N.R. 379 (*sub nom. Privacy Commissioner v. Canada (Attorney General)*), [2000] F.C.J. No. 179 (QL), setting aside an opinion of a motions judge, [1999] 2 F.C. 543, 162 F.T.R. 245, [1999] F.C.J. No. 89 (QL). Appeal dismissed.

Brian A. Crane, Q.C., and Ritu Gambhir, for the appellant.

Brian J. Saunders and Anne M. Turley, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

1 THE COURT — We are all of the view that the appeal should be dismissed substantially for the reasons of Décary J.A. for the Federal Court of Appeal, [2000] 3 F.C. 82.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

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

Assurance-emploi — Inadmissibilité — Prestataires à l'étranger — Communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la Commission de l'assurance-emploi du Canada aux termes d'un protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs — Programme ayant pour but d'identifier les prestataires d'assurance-emploi qui n'ont pas signalé leur absence du Canada — Communication de renseignements autorisée par la Loi sur la protection des renseignements personnels et la Loi sur les douanes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 108(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 3 C.F. 82, 251 N.R. 379 (*sub nom. Commissaire à la protection de la vie privée c. Canada (Procureur général)*), [2000] A.C.F. n° 179 (QL), qui a annulé un avis d'un juge des requêtes, [1999] 2 C.F. 543, 162 F.T.R. 245, [1999] A.C.F. n° 89 (QL). Pourvoi rejeté.

Brian A. Crane, c.r., et Ritu Gambhir, pour l'appelant.

Brian J. Saunders et Anne M. Turley, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi essentiellement pour les mêmes motifs que ceux exposés par le juge Décary de la Cour d'appel fédérale, [2000] 3 C.F. 82.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

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

Frans G. A. De Roy and Thierry Van Doosselaere, as Trustees in Bankruptcy of ABC Containerline N.V., the Owners, Charterers and all others interested in the Ship "Brussel", and the Ship "Brussel" Appellants

v.

Holt Cargo Systems Inc. Respondent

INDEXED AS: HOLT CARGO SYSTEMS INC. v. ABC CONTAINERLINE N.V. (TRUSTEES OF)

Neutral citation: 2001 SCC 90.

File No.: 27290.

2001: March 20; 2001: December 20.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts — Jurisdiction — Federal Court of Canada — Maritime law — Stay of proceedings — U.S. creditor bringing maritime law action against Belgian ship in Federal Court — Belgian shipowner subsequently adjudged bankrupt in Belgium — Quebec Superior Court making orders purporting to dispose of ship and proceeds of sale — Whether Federal Court erred in exercise of its discretion to deny trustees' application for stay of proceedings — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 50.

In late March 1996, a Belgian ship was arrested at Halifax in connection with an *in rem* action commenced by the respondent Holt, a U.S. company, in the Federal Court claiming a maritime lien for stevedoring services provided in the U.S. The ship's Belgian owner was subsequently adjudged bankrupt by the Belgian bankruptcy court and the appellants were appointed the trustees in bankruptcy. In May the appellant trustees obtained an order of the Quebec Superior Court, Civil Chamber that "recognized and declared executory in Quebec" the Belgian bankruptcy order. Their application to the Federal Court, Trial Division for an adjournment of the *in rem* proceedings against the ship was denied,

Frans G. A. De Roy et Thierry Van Doosselaere, en qualité de syndics de faillite de ABC Containerline N.V., les propriétaires, affréteurs et toutes autres personnes ayant un droit sur le navire « Brussel », et le navire « Brussel » Appelants

c.

Holt Cargo Systems Inc. Intimée

RÉPERTORIÉ : HOLT CARGO SYSTEMS INC. c. ABC CONTAINERLINE N.V. (SYNDICS DE)

Référence neutre : 2001 CSC 90.

N° du greffe : 27290.

2001 : 20 mars; 2001 : 20 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Compétence — Cour fédérale du Canada — Droit maritime — Suspension des procédures — Créancier américain intentant en Cour fédérale une action fondée sur le droit maritime contre un navire belge — Faillite du propriétaire belge survenue par la suite en Belgique — Cour supérieure du Québec délivrant des ordonnances censées statuer sur le sort du navire et le produit de la vente — La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser la demande de suspension des procédures présentée par les syndics? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 50.

À la fin du mois de mars 1996, un navire belge a été saisi à Halifax à la suite d'une action *in rem* que l'intimée Holt, une compagnie américaine, avait intentée devant la Cour fédérale et dans laquelle elle invoquait un privilège maritime pour des services d'acconage fournis aux États-Unis. Le propriétaire belge du navire a, par la suite, été mis en faillite par le tribunal de faillite belge, et les appelants ont été désignés syndics de faillite. Au cours du mois de mai, les syndics appelants ont obtenu auprès de la Chambre civile de la Cour supérieure du Québec une ordonnance « reconn[aisant] et déclar[ant] exécutoir[e] au Québec » l'ordonnance de faillite délivrée en Belgique. Leur requête déposée devant la Section

and in default of defence, judgment was awarded to Holt against the ship, with leave to the trustees to challenge the precise quantum of the judgment if done promptly. The Federal Court ordered the ship appraised and laid down the procedure for its sale. The trustees then requested a stay of proceedings from the Federal Court "pending final disposition of the matter by the Superior Court". They produced various orders from the Quebec Superior Court sitting in bankruptcy one of which purported to dispose of the ship and the proceeds of sale. The Federal Court, Trial Division declined to give effect to the orders of the Canadian bankruptcy court or to stay its own proceedings. The Federal Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

A maritime lien validly created under foreign law will be recognized and given the same priority in Canada as would be given to a maritime lien created in Canada under Canadian maritime law unless opposed to some rule of domestic policy or procedure which prevents the recognition of the right. Holt was entitled to have its maritime lien recognized by the Federal Court in these proceedings.

The Federal Court did not lose jurisdiction to proceed as a result of the various orders of the Quebec Superior Court sitting in bankruptcy. The Federal Court trial judge was not exercising original, ancillary or auxiliary jurisdiction in bankruptcy, but was dealing with *in rem* claims against the ship. Having ruled that he would recognize Holt's security interest as a matter of maritime law, the trial judge rightly concluded that there was no jurisdictional barrier to the Federal Court continuing to adjudicate Holt's *in rem* action against the ship. Insofar as Holt's claim was integrally connected to maritime matters, it lay within the jurisdiction of the Federal Court and it was for that court to decide whether or not to defer to the Belgian bankruptcy court having due regard both to international comity and convenience and to the rights of its own citizens or other persons who are under the protection of our laws.

In addressing the issue of a stay, the trial judge acknowledged the importance of comity and international coordination in bankruptcy matters. Having done so, he went on to place primary emphasis on the fact he was dealing with an *in rem* action by secured creditors against a ship which at the time of the bankruptcy the Federal Court had already arrested and at the time of the

de première instance de la Cour fédérale en vue d'obtenir l'ajournement des procédures *in rem* contre le navire a été rejetée et, faute de défense, Holt a obtenu jugement contre le navire, les syndicats étant autorisés à contester le montant accordé à la condition d'agir promptement. La Cour fédérale a ordonné l'évaluation du navire et établi la procédure à suivre pour le vendre. Les syndicats ont alors demandé à la Cour fédérale de suspendre les procédures « en attendant le règlement définitif de l'affaire par la Cour supérieure ». Ils ont produit diverses ordonnances de la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite, dont l'une était censée statuer sur le sort du navire et le produit de la vente. La Section de première instance de la Cour fédérale a refusé de mettre à exécution les ordonnances du tribunal de faillite canadien et de suspendre ses propres procédures. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Un privilège maritime validement créé sous le régime d'une loi étrangère est reconnu et se voit accorder, au Canada, la même priorité qu'un privilège maritime créé au Canada sous le régime du droit maritime canadien, à moins qu'il n'aille à l'encontre d'une règle quelconque de politique ou de procédure intérieure qui en empêche la reconnaissance. Holt avait droit en l'espèce à la reconnaissance de son privilège maritime par la Cour fédérale.

La Cour fédérale n'a pas perdu compétence à la suite des diverses ordonnances délivrées par la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite. Le juge de la Section de première instance de la Cour fédérale n'exerçait pas une juridiction de première instance, auxiliaire ou subordonnée en matière de faillite, mais était plutôt saisi de réclamations *in rem* contre le navire. Après avoir décidé de reconnaître la garantie de Holt sur le plan du droit maritime, le juge de première instance a conclu à juste titre qu'aucune entrave juridictionnelle n'empêchait la Cour fédérale de continuer d'instruire l'action *in rem* de Holt contre le navire. Dans la mesure où la réclamation de Holt était entièrement liée aux affaires maritimes, elle relevait de la compétence de la Cour fédérale et il appartenait à cette cour de décider si elle devait s'en remettre au tribunal de faillite belge, compte tenu à la fois de la courtoisie et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de nos lois.

En examinant la question de la suspension, le juge de première instance a reconnu l'importance de la courtoisie et de la coordination internationale en matière de faillite. Il a ensuite insisté principalement sur le fait qu'il était saisi d'une action *in rem* intentée par des créanciers garantis contre un navire dont la Cour fédérale avait déjà ordonné la saisie au moment de la faillite, et dont il avait

interventions of the Canadian bankruptcy court he had already ordered appraised and sold.

The appellants' strongest argument is that the parties and the subject matter of the dispute are but weakly connected to Canada. However, lack of substantive connection to any particular jurisdiction, including their home port, is a feature of ships engaged in international maritime commerce. The trial judge considered the relevant factors in reaching his conclusion that the Federal Court was the appropriate forum to resolve Holt's secured claim against the ship. He committed no error in principle and did not refuse to take into consideration any major element appropriate for the determination of the case. In the absence of such error, the exercise of his discretion should be affirmed.

Cases Cited

Referred to: *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 S.C.R. 951, 2001 SCC 91; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; *In re Treco*, 240 F.3d 148 (2001); *Laane and Baltser v. Estonian State Cargo & Passenger Steamship Line*, [1949] S.C.R. 530; *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683; *The Tolten*, [1946] P. 135; *Olympia & York Developments Ltd. v. Royal Trust Co.* (1993), 20 C.B.R. (3d) 165; *Re Cadillac Fairview Inc.* (1995), 30 C.B.R. (3d) 17; *Roberts v. Picture Butte Municipal Hospital* (1998), 64 Alta. L.R. (3d) 218; *Re Walker* (1998), 5 C.B.R. (4th) 123; *Re Babcock & Wilcox Canada Ltd.* (2000), 18 C.B.R. (4th) 157; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680; *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248; *Marlex Petroleum Inc. v. Har Rai (The)*, [1987] 1 S.C.R. 57, aff'g [1984] 2 F.C. 345; *Riordon Co. v. Danforth Co.*, [1923] S.C.R. 319; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Galbraith v. Grimshaw*, [1910] A.C. 508; *Anantapadmanabhaswami v. Official Receiver of Secunderabad*, [1933] A.C. 394; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278; *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Canada Southern Railway Co. v. Gebhard*, 109 U.S. 527 (1883); *Allen v. Hanson* (1890), 18 S.C.R. 667; *Re Breakwater Co.* (1914), 33 O.L.R. 65; *Re E. H. Clarke & Co.*, [1923] 1 D.L.R. 716; *Re Stewart & Matthews*,

déjà ordonné l'évaluation et la vente au moment des interventions du tribunal de faillite canadien.

L'argument le plus solide des appelants veut que les parties et l'objet du litige ne soient que faiblement liés au Canada. Cependant, l'absence de lien important avec un ressort particulier, y compris leur port d'attache, est une caractéristique des navires qui servent au commerce maritime international. Le juge de première instance a tenu compte des facteurs pertinents pour conclure que la Cour fédérale était le tribunal compétent pour régler la réclamation garantie de Holt contre le navire. Il n'a commis aucune erreur de principe et n'a pas refusé de tenir compte d'un élément prépondérant en l'espèce. En l'absence d'une telle erreur, il y a lieu de confirmer la validité de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 R.C.S. 951, 2001 CSC 91; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *In re Treco*, 240 F.3d 148 (2001); *Laane and Baltser c. Estonian State Cargo & Passenger Steamship Line*, [1949] R.C.S. 530; *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683; *The Tolten*, [1946] P. 135; *Olympia & York Developments Ltd. c. Royal Trust Co.* (1993), 20 C.B.R. (3d) 165; *Re Cadillac Fairview Inc.* (1995), 30 C.B.R. (3d) 17; *Roberts c. Picture Butte Municipal Hospital* (1998), 64 Alta. L.R. (3d) 218; *Re Walker* (1998), 5 C.B.R. (4th) 123; *Re Babcock & Wilcox Canada Ltd.* (2000), 18 C.B.R. (4th) 157; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *The Strandhill c. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680; *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248; *Marlex Petroleum Inc. c. Har Rai (Le)*, [1987] 1 R.C.S. 57, conf. [1984] 2 C.F. 345; *Riordon Co. c. Danforth Co.*, [1923] R.C.S. 319; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Galbraith c. Grimshaw*, [1910] A.C. 508; *Anantapadmanabhaswami c. Official Receiver of Secunderabad*, [1933] A.C. 394; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278; *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Canada Southern Railway Co. c. Gebhard*, 109 U.S. 527 (1883); *Allen c. Hanson* (1890), 18 R.C.S. 667; *Re Breakwater Co.* (1914), 33 O.L.R. 65; *Re E. H. Clarke & Co.*, [1923] 1 D.L.R. 716; *Re Stewart & Matthews, Ltd. and The Winding-Up Act* (1916),

Ltd. and The Winding-Up Act (1916), 10 W.W.R. 154; *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"*, [1977] 2 S.C.R. 422; *The Atlantic Star*, [1973] 2 All E.R. 175; *Harekin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 2 "secured creditor", 43(7), 69.3 [ad. 1992, c. 27, s. 36], 136(1), 183(1)(b), Part XIII [ad. 1997, c. 12, s. 118], 268(2), (3), (6) [*idem*], 269 [*idem*], 271(1) [*idem*].
Commercial Instruments and Maritime Liens Act, 46 U.S.C. § 31342.
Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 3, 17(6) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 3], 22(1), 50(1).

Authors Cited

Benedict, Erastus Cornelius. *Benedict on Admiralty*, vol. 1, 7th ed. New York: M. Bender, 1974 (loose-leaf updated April 2001, release 84).
 Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
 Dacey and Morris on the *Conflict of Laws*, vol. 2, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2000.
 Fletcher, Ian F. *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*. Oxford: Clarendon Press, 1999.
 Honsberger, John D. "Canadian Recognition of Foreign Judicially Supervised Arrangements" (1990), 76 C.B.R. (N.S.) 204.
 Houlden, L. W., and Geoffrey B. Morawetz. *The 2001 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 LoPucki, Lynn M. "Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach" (1999), 84 *Cornell L. Rev.* 696.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: Yvon Blais, 1998.
 Ziegel, Jacob S. "Ships at Sea, International Insolvencies, and Divided Courts" (1998), 50 C.B.R. (3d) 310.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1999), 173 D.L.R. (4th) 493, 239 N.R. 114, [1999] F.C.J. No. 337 (QL), affirming a judgment of the Trial Division, [1997] 3 F.C. 187, 127 F.T.R. 244, 146 D.L.R. (4th) 736, 46 C.B.R. (3d) 169, [1997] F.C.J. No. 409 (QL). Appeal dismissed.

10 W.W.R. 154; *Antares Shipping Corp. c. Le navire « Capricorn »*, [1977] 2 R.C.S. 422; *The Atlantic Star*, [1973] 2 All E.R. 175; *Harekin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Commercial Instruments and Maritime Liens Act, 46 U.S.C. § 31342.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 3 [abr. & rempl. 1993, ch. 34, art. 68], 17(6) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 3], 22(1), 50(1).
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 2 « créancier garanti », 43(7), 69.3 [aj. 1992, ch. 27, art. 36], 136(1), 183(1)(b), partie XIII [aj. 1997, ch. 12, art. 118], 268(2), (3), (6) [*idem*], 269 [*idem*], 271(1) [*idem*].

Doctrine citée

Benedict, Erastus Cornelius. *Benedict on Admiralty*, vol. 1, 7th ed. New York : M. Bender, 1974 (loose-leaf updated April 2001, release 84).
 Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 1997.
 Dacey and Morris on the *Conflict of Laws*, vol. 2, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London : Sweet & Maxwell, 2000.
 Fletcher, Ian F. *Insolvency in Private International Law : National and International Approaches*. Oxford : Clarendon Press, 1999.
 Honsberger, John D. « Canadian Recognition of Foreign Judicially Supervised Arrangements » (1990), 76 C.B.R. (N.S.) 204.
 Houlden, L. W., and Geoffrey B. Morawetz. *The 2001 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
 LoPucki, Lynn M. « Cooperation in International Bankruptcy : A Post-Universalist Approach » (1999), 84 *Cornell L. Rev.* 696.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal : Yvon Blais, 1998.
 Ziegel, Jacob S. « Ships at Sea, International Insolvencies, and Divided Courts » (1998), 50 C.B.R. (3d) 310.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1999), 173 D.L.R. (4th) 493, 239 N.R. 114, [1999] A.C.F. n° 337 (QL), confirmant un jugement de la Section de première instance, [1997] 3 C.F. 187, 127 F.T.R. 244, 146 D.L.R. (4th) 736, 46 C.B.R. (3d) 169, [1997] A.C.F. n° 409 (QL). Pourvoi rejeté.

David G. Colford, for the appellants.

Thomas E. Hart and *Jane O'Neill*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The problems of international bankruptcies have excited much recent judicial and academic commentary. In this appeal, we are required to determine whether a maritime law proceeding by a U.S. creditor against a Belgian ship in a Canadian court ought to have been stayed in deference to a Belgian court dealing with the subsequent bankruptcy of its Belgian shipowner. Deference to the Belgian bankruptcy court, it is argued, was required by the principles of international comity. Despite the obvious benefits of international coordination of bankruptcies that spread their financial wreckage across multiple jurisdictions, the Federal Court of Canada declined to stay its proceedings under Canadian maritime law. The present appeal is from its decision. The companion case, *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 S.C.R. 951, 2001 SCC 91, released at the same time, deals with the appeal from the Quebec Court of Appeal on the bankruptcy side of the concurrent and interconnected proceedings.

The history of this litigation, in brief summary, is as follows. On March 30, 1996, the M/V “Brussel” (the “Ship”) was arrested in Canadian waters near the entrance to Halifax harbour by order of the Federal Court of Canada. A week later, its Belgian owner made an assignment in bankruptcy at Antwerp with debts vastly exceeding its assets. The U.S. creditor, Holt Cargo Systems Inc. (“Holt”), persisted with its *in rem* action. Four months later, after a storm of motions and applications in the Federal Court and the Superior Court of Quebec sitting in Bankruptcy, with periodic interventions by the Eleventh Chamber of the Commercial Court of the Judicial District of Antwerp (the “Belgian bankruptcy court”) and a related order by a U.S. bankruptcy court, the Ship was sold over the objection of the trustees in bankruptcy. The Federal Court ruled

David G. Colford, pour les appelants.

Thomas E. Hart et *Jane O'Neill*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Les problèmes de faillites internationales ont récemment fait l’objet de nombreux commentaires jurisprudentiels et doctrinaux. Dans le présent pourvoi, nous devons décider si des procédures en droit maritime qu’une créancière américaine a engagées contre un navire belge devant un tribunal canadien auraient dû être suspendues par déférence pour le tribunal belge saisi de la faillite subséquente du propriétaire belge du navire. Cette déférence pour le tribunal de faillite belge découlait, soutient-on, des principes de courtoisie internationale. Malgré les avantages évidents qu’offre la coordination internationale des faillites ayant des répercussions financières dans plus d’un ressort, la Cour fédérale du Canada a refusé de suspendre ses procédures en droit maritime canadien. C’est cette décision qui fait l’objet du présent pourvoi. L’arrêt connexe, *Re Antwerp Bulkcarriers, N.V.*, [2001] 3 R.C.S. 951, 2001 CSC 91, rendu simultanément, fait suite à l’appel interjeté contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec portant sur l’aspect « faillite » des procédures concomitantes et étroitement liées.

Voici un bref historique du présent litige. Le 30 mars 1996, le N/M « Brussel » (le « navire ») a été saisi dans les eaux canadiennes, près de l’entrée du port de Halifax, conformément à une ordonnance de la Cour fédérale du Canada. Une semaine plus tard, le propriétaire du navire, dont le passif excédait largement l’actif, a fait cession de ses biens à Anvers, en Belgique. La créancière américaine, Holt Cargo Systems Inc. (« Holt »), a maintenu son action *in rem*. Quatre mois plus tard, après une pluie de requêtes et de demandes en Cour fédérale et en Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite, ponctuée d’interventions de la part de la Onzième Chambre du Tribunal de commerce du district judiciaire d’Anvers (le « tribunal de faillite belge ») et d’une ordonnance connexe délivrée par un tribunal de faillite américain, le navire a été vendu malgré

that the proceeds of the sale are eventually to be distributed to secured creditors, including the respondent, depending on the outcome of this appeal.

3 The Superior Court of Quebec sitting in Bankruptcy (the “Canadian bankruptcy court”) played a potentially important role in responding to the request for assistance from the Belgian Commercial Court exercising Belgian bankruptcy jurisdiction. However, I believe the trustees asked for more assistance from the Canadian bankruptcy court than could lawfully be given, and that the Federal Court did not err in principle in refusing a stay of the maritime law proceedings.

4 I would therefore dismiss the appeal.

5 I. Facts

5 The Ship was arrested at Halifax under a warrant of arrest issued at the instance of Holt, a U.S. company incorporated under the laws of New Jersey. The warrant for arrest was issued in connection with an *in rem* action commenced by Holt the same day in the Federal Court of Canada against the “owners, charterers and all others interested in the ship”, and the Ship itself. The M/V “Brussel” was owned by Antwerp Bulkcarriers N.V. which, with other inter-related companies, carried on the business of international carriage of goods by sea.

6 Holt’s action was for unpaid fees and charges for stevedoring and other related services provided to the Ship at Gloucester City, New Jersey, in the United States between 1994 and 1996 inclusive. No part of the debt was incurred in Canada and neither the Ship nor its creditors were ordinarily resident here.

7 Following the arrest of the Ship, cargo and container owners, shippers, suppliers, insurers and others also filed claims in the Federal Court. In total, statements of claim were filed in 27 separate actions. Moreover, notices of claim were filed in

l’opposition des syndics de faillite. La Cour fédérale a décidé que le produit de la vente serait réparti ultérieurement entre les créanciers garantis, dont l’intimée, selon l’issue du présent pourvoi.

La Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite (le « tribunal de faillite canadien ») a joué un rôle potentiellement important en répondant à la demande de concours présentée par le Tribunal de commerce belge exerçant compétence en matière de faillite. Cependant, j’estime que les syndics ont demandé au tribunal de faillite canadien un concours plus important que ce qui pouvait être accordé légalement, et que la Cour fédérale n’a commis aucune erreur de principe en refusant la suspension des procédures en droit maritime.

En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

Le navire a été saisi à Halifax en vertu d’un mandat de saisie décerné à la demande de Holt, une compagnie américaine constituée en vertu des lois du New Jersey. Le mandat de saisie a été décerné dans le cadre d’une action *in rem* que Holt avait intentée le même jour devant la Cour fédérale du Canada contre les « propriétaires, affréteurs et toutes autres personnes ayant un droit sur le navire », et le navire lui-même. Le N/M « Brussel » appartenait à Antwerp Bulkcarriers, N.V. qui, conjointement avec d’autres compagnies étroitement liées, exploitait une entreprise de transport maritime international de marchandises.

L’action de Holt visait le paiement des services d’aconage et autres services connexes fournis au navire à Gloucester City (New Jersey), aux États-Unis, entre 1994 et 1996 inclusivement. Aucune partie de la dette n’a été contractée au Canada, et ni le navire ni ses créanciers n’avaient leur lieu de résidence habituelle au Canada.

À la suite de la saisie du navire, les propriétaires de la cargaison et des conteneurs, les expéditeurs, les fournisseurs, les assureurs et d’autres personnes ont également déposé des réclamations en Cour fédérale. En tout, des déclarations ont été déposées

Holt's *in rem* action against the Ship by more than 20 claimants in response to the Federal Court's order, discussed below, that the Ship be appraised and sold.

On April 5, 1996, a week after the Ship's arrest, the shipowner was adjudged bankrupt by the Belgian bankruptcy court, which appointed the appellants, T. Van Doosselaere and F. De Roy, as trustees in bankruptcy (the "Trustees"). Under Belgian law, the Trustees were required to take possession of all assets of the bankrupt holding company and its bankrupt affiliated companies, wherever situated. The major assets of the group of bankrupt companies were six cargo vessels, and at the time of the bankruptcy order at least five of these were under arrest in ports in Israel, Singapore, New Zealand, the Bahamas and, as stated, Canada. Other assets owned or leased by the debtors, including unpaid freight and shipping containers, had also been arrested, detained or threatened with seizure at various locations throughout the world. The Trustees filed applications in jurisdictions where proceedings had been commenced against the debtors seeking the release of the bankrupts' assets from arrest, preventing further seizure and arrest of their assets, and directing the submission of all claims against them to the bankruptcy proceedings in Belgium.

Faced with these difficult circumstances, the appellant Trustees urged on the Federal Court on several occasions the need for international cooperation in the resolution of bankruptcies and insolvencies that cross national boundaries. The effect of these arguments was to advocate deference to the Belgian courts, being the courts of the bankrupts' domicile. Adherence to what is sometimes called the "Grab Rule", in which each national court takes charge of assets in its own jurisdiction for the benefit of creditors who win the race to its courthouse, was said to be destructive of international order and fairness. (As will be seen, there is much merit in these submissions.)

dans le cadre de 27 actions distinctes. De plus, réagissant à l'ordonnance d'évaluation et de vente du navire délivrée par la Cour fédérale et analysée plus loin, plus de 20 réclamants ont déposé des avis de réclamation dans l'action *in rem* de Holt contre le navire.

Le 5 avril 1996, soit une semaine après la saisie du navire, le propriétaire du navire a été mis en faillite par le tribunal de faillite belge, qui a désigné les appelants T. Van Doosselaere et F. De Roy syndics de faillite (les « syndics »). Sous le régime du droit belge, les syndics étaient tenus de prendre possession de tous les éléments d'actif de la société de portefeuille faillie et de ses sociétés affiliées faillies, où qu'ils soient. Les principaux éléments d'actif du groupe de sociétés faillies étaient six cargos dont au moins cinq étaient saisis dans des ports d'Israël, de Singapour, de Nouvelle-Zélande, des Bahamas et, comme nous l'avons vu, du Canada, au moment de l'ordonnance de faillite. D'autres éléments d'actif appartenant aux débiteurs ou loués par eux, notamment du fret et des conteneurs d'expédition impayés, avaient également été saisis, retenus ou menacés de saisie à différents endroits dans le monde. Dans les ressorts où des procédures avaient été engagées contre les débiteurs, les syndics ont présenté des demandes visant à faire lever la saisie des éléments d'actif des faillies, à empêcher d'autres saisies de leurs éléments d'actifs et à obtenir que toutes les réclamations les visant soient présentées dans le cadre des procédures de faillite en Belgique.

Aux prises avec cette situation difficile, les syndics appelants ont souligné, à maintes reprises, en Cour fédérale la nécessité de la coopération internationale pour régler les faillites et les insolvabilités qui débordent les frontières nationales. Ils prônaient ainsi la déférence pour les tribunaux belges, qui sont les tribunaux du domicile des faillies. Ils ont fait valoir que le respect de ce qu'on appelle parfois la [TRADUCTION] « règle de l'appropriation », suivant laquelle chaque tribunal national s'occupe des éléments d'actif situés dans son propre ressort au profit des créanciers qui obtiennent gain de cause devant lui, nuit à l'ordre et à l'équité internationales. (Comme nous le verrons, ces observations sont très justes.)

10

The “universalist” position advocated by the appellant Trustees was put forward in a series of motions and applications before the courts of Quebec and the Federal Court of Canada. A detailed summary of the complicated procedural history of this dispute is set out in an Appendix to the judgment in the companion case, *Antwerp Bulkcarriers, N.V., supra*. What follows is a summary of the motions and applications most relevant to this appeal:

May 3, 1996

The appellant Trustees appear before MacKay J. of the Federal Court, Trial Division, to support moving the Ship to a “safe berth” at Halifax and to “remain under arrest” at its new location “until further orders are given by this Court”. Order granted. The Ship was moved and remained there until its sale closed on August 1, 1996.

May 9, 1996

The appellant Trustees move *ex parte* before the Quebec Superior Court, Civil Chamber (i.e., not specified to be sitting in bankruptcy) and obtain an order which “recognized and declared executory in Quebec” the Belgian bankruptcy order (emphasis added).

May 13, 1996

The appellant Trustees apply to the Federal Court to have the *in rem* proceedings against the Ship adjourned for four weeks to enable them to make further inquiries about the claims and assets of the bankrupt estate. They do not undertake to file a defence in the action, or indeed suggest that a valid defence exists. MacKay J. expresses concern that the Ship has been under arrest for six weeks and that dock charges and other expenses are mounting. He concludes that he is exercising a maritime law jurisdiction, not a bankruptcy jurisdiction. The adjournment is denied.

L’approche « universaliste » préconisée par les syndics appelants a été énoncée dans une série de requêtes et de demandes déposées devant les tribunaux du Québec et la Cour fédérale du Canada. On trouve un résumé détaillé de l’historique procédural complexe du présent litige à l’annexe de l’arrêt connexe *Antwerp Bulkcarriers, N.V.*, précité. Voici un résumé des requêtes et des demandes les plus pertinentes en l’espèce :

3 mai 1996

Les syndics appelants comparaissent devant le juge MacKay de la Section de première instance de la Cour fédérale pour appuyer le déplacement du navire vers un [TRADUCTION] « poste d’amarrage sûr » à Halifax et pour qu’il y « demeure sous saisie jusqu’à ce que notre cour en ordonne autrement ». L’ordonnance est accordée. Le navire est déplacé et reste au même endroit jusqu’à sa vente, le 1^{er} août 1996.

9 mai 1996

Les syndics appelants déposent une requête *ex parte* devant la Cour supérieure du Québec, Chambre civile (c’est-à-dire non désignée comme siégeant en matière de faillite), et obtiennent une ordonnance qui [TRADUCTION] « reconn[âit] et déclar[e] exécutoir[e] au Québec » l’ordonnance de faillite délivrée en Belgique (je souligne).

13 mai 1996

Les syndics appelants demandent à la Cour fédérale d’ajourner les procédures *in rem* contre le navire pour une période de quatre semaines afin de leur permettre d’obtenir plus de renseignements sur les réclamations et l’actif de la faillite. Ils ne s’engagent pas à produire une défense à l’action et n’indiquent pas non plus qu’il existe un moyen de défense valide. Le juge MacKay s’inquiète du fait que le navire est saisi depuis six semaines et que les droits de bassin et autres dépenses s’accumulent. Il conclut qu’il exerce une compétence en droit maritime et non une compétence en matière de faillite. L’ajournement est refusé.

May 14, 1996

In default of defence, judgment is awarded to Holt against the Ship for \$572,128.06, with leave to the Trustees to challenge the precise quantum of the judgment if done promptly.

May 17, 1996

The Federal Court orders the Ship appraised and lays down the procedure for its sale. The Trustees appeal. They also seek review and reconsideration of the orders of appraisal and sale of the Ship.

June 14, 1996

The appellant Trustees request a stay of proceedings from the Federal Court "pending final disposition of the matter by the [Quebec] Superior Court". The Trustees produce an *ex parte* order dated June 11, 1996 obtained from the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy that purports to dispose of the Ship and the proceeds of sale. Despite the Trustees' participation in the Federal Court proceedings over the previous six weeks, no notice of the application in Montreal was given to the Federal Court litigants. It subsequently emerges that the Quebec judge hearing the *ex parte* application was not told that the Ship has been arrested and ordered sold by the Federal Court. The stay is denied for reasons eventually issued on April 9, 1997. In MacKay J.'s view, this is still a maritime law case.

July 9, 1996

The appellant Trustees return before the Federal Court seeking to have the proceeds paid to them if the sale goes ahead, as ordered, on July 12. They are now armed with a further order dated June 28, 1996 of the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy, in which Guthrie J. confirmed with variations the *ex parte* order of June 11, after notice to all interested parties and a full hearing on the merits. It is the June 28, 1996 order that is the centrepiece of

14 mai 1996

Faute de défense, un jugement ordonnant de verser à Holt la somme de 572 128,06 \$ est rendu contre le navire, les syndicats étant autorisés à contester le montant accordé à la condition d'agir promptement.

17 mai 1996

La Cour fédérale ordonne l'évaluation du navire et établit la procédure à suivre pour le vendre. Les syndicats interjettent appel. Ils sollicitent également la révision et le réexamen des ordonnances d'évaluation et de vente du navire.

14 juin 1996

Les syndicats appelants demandent à la Cour fédérale de suspendre les procédures [TRADUCTION] « en attendant le règlement définitif de l'affaire par la Cour supérieure du Québec ». Les syndicats produisent une ordonnance *ex parte* datée du 11 juin 1996, qu'ils ont obtenue auprès de la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite et qui est censée statuer sur le sort du navire et le produit de la vente. Bien que les syndicats aient participé aux procédures devant la Cour fédérale au cours des six semaines précédentes, aucun avis de la requête déposée à Montréal n'a été donné aux parties devant la Cour fédérale. Il en ressort donc que le juge du Québec qui a entendu la requête *ex parte* n'a pas été avisé que le navire avait été saisi et que la Cour fédérale en avait ordonné la vente. La suspension est refusée pour les motifs déposés ultérieurement le 9 avril 1997. De l'avis du juge MacKay, il s'agit toujours d'une affaire de droit maritime.

9 juillet 1996

Les syndicats appelants s'adressent de nouveau à la Cour fédérale dans le but d'obtenir le produit de la vente si cette dernière a lieu le 12 juillet, tel qu'ordonné. Ils sont maintenant munis d'une autre ordonnance de la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite, qui est datée du 28 juin 1996 et dans laquelle le juge Guthrie, après avoir avisé toutes les parties intéressées et avoir tenu une audience complète sur le fond, confirme l'ordon-

the appellants' argument. I therefore reproduce its relevant portions below:

. . . THE COURT:

RECOGNIZES the Trustees as trustees in the bankruptcy of Antwerp Bulkcarriers, N.V., with the duty and power to take possession of, realise upon and confirm the assets of the Bankrupt situated anywhere in Canada, subject however to the rights, if any, of any creditors with claims secured under the laws of Canada, as by law provided;

PERMITS the sale of the ship "Brussel" to take place in accordance with the judgment rendered by the Federal Court of Canada, Trial Division, on May 17, 1996 provided that such sale is completed and the purchase price paid in full by the close of business in Halifax, Canada on July 12, 1996;

ORDERS that, in the event that the said sale is completed as aforesaid, the net proceeds of such sale (after payment of all expenses of advertisement of the sale, appraisal fees, insurance and all other costs, disbursements, commissions and other expenses necessary for the sale) be paid promptly to the Trustees for distribution amongst the creditors of the Bankrupt in observance of all their rights and in conformity with Belgian law;

ORDERS that, in the event the said sale is not so completed, the ship "Brussel" be delivered into the possession of the Trustees so that they can proceed to the sale of the said ship, locally or in any other place they consider more appropriate, and to the distribution of the net proceeds amongst the creditors of the Bankrupt in observance of all their rights and in conformity with Belgian law;

REQUESTS the aid of the Supreme Court of Nova Scotia with jurisdiction in bankruptcy, insofar as such aid may be necessary under the laws of Nova Scotia to give effect to the present judgment;

ORDERS that the present judgment be served promptly on Chief Justice of the Supreme Court of Nova Scotia, on the Marshall of the Federal Court of Canada in Halifax, on the Sheriff of the Halifax Regional Municipality, and on all parties who have asserted a claim in Canada in respect of the ship "Brussel"; . . . [Emphasis added.]

nance ex parte du 11 juin, sous réserve de certaines modifications. C'est l'ordonnance du 28 juin 1996 qui est l'élément central de l'argumentation des appelants. J'en reproduis donc ci-après les parties pertinentes :

[TRADUCTION] . . . LA COUR :

RECONNAÎT les syndics en qualité de syndics de la faillite de Antwerp Bulkcarriers, N.V., ayant l'obligation et le pouvoir de prendre possession des éléments d'actif de la faillie où qu'ils soient au Canada, de les réaliser et de les confirmer, sous réserve toutefois des droits des créanciers dont les réclamations sont garanties sous le régime des lois du Canada, conformément à la loi;

PERMET que le navire « Brussel » soit vendu conformément au jugement rendu par la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada, le 17 mai 1996, à la condition que cette vente soit conclue et que le prix d'achat soit intégralement versé à la fin de la journée ouvrable à Halifax, au Canada, le 12 juillet 1996;

ORDONNE que, si ladite vente est conclue comme susdit, le produit net de la vente (après paiement de toutes les dépenses d'annonce de la vente, d'évaluation, d'assurance et autres coûts, débours, commissions et autres dépenses nécessaires à la vente) soit versé sans délai aux syndics en vue de sa répartition entre les créanciers de la faillie dans le respect de tous leurs droits et en conformité avec le droit belge;

ORDONNE que, si ladite vente n'est pas ainsi conclue, le navire « Brussel » soit remis aux syndics pour qu'ils le vendent, sur place ou à tout autre endroit qu'ils estiment plus convenable, et en répartissent le produit net entre les créanciers de la faillie dans le respect de tous leurs droits et en conformité avec le droit belge;

SOLLICITE le concours de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse ayant compétence en matière de faillite, dans la mesure où ce concours pourra être nécessaire sous le régime des lois de la Nouvelle-Écosse pour exécuter le présent jugement;

ORDONNE que le présent jugement soit signifié sans délai au juge en chef de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, au prévôt de la Cour fédérale du Canada à Halifax, au shérif de la municipalité régionale de Halifax, et à toutes les parties qui ont fait valoir une réclamation au Canada à l'égard du navire « Brussel »; . . . [Je souligne.]

It is clear from the order of June 28, 1996 that the Canadian bankruptcy court is now asserting control over the Ship and the related proceedings. It “permits” the sale ordered by MacKay J. to proceed, but only if it is completed by July 12. The proceeds of sale are to go to the appellant Trustees, not to the secured claimants who are litigating in the Federal Court. If the sale is not completed by July 12, the Ship is to be turned over to the Trustees irrespective of the orders of the Federal Court. The Supreme Court of Nova Scotia is requested to “aid” in giving effect to these directions.

As of July 1996, it will be noted, default judgment had been signed in the *in rem* action, the Ship had been appraised, and bids were being invited from potential purchasers. MacKay J. eventually ruled that the Trustees could obtain the proceeds of sale only if they posted security to answer the claims of the secured creditors. This was never forthcoming. His reasons were compendiously explained in a subsequent judgment of April 9, 1997, as will now be described.

II. Judicial History

A. *Federal Court, Trial Division*, [1997] 3 F.C. 187

MacKay J. said he accepted the principle of comity of nations but pointed out that “the Court is urged to respect jurisdiction claimed by others and to forego considering claims to relief in proceedings long established in maritime law” (para. 45). The Trustees alleged that Holt was forum shopping, but MacKay J. said he was “not persuaded it did more than seek recovery of its claim against the vessel where the ship was located” (para. 46).

MacKay J. “found no persuasive grounds . . . [for the Court] to stay its own processes which were

Il ressort clairement de l’ordonnance du 28 juin 1996 que le tribunal de faillite canadien exerce maintenant un contrôle sur le navire et les procédures qui y sont liées. Il « permet » que la vente ordonnée par le juge MacKay ait lieu, mais seulement à la condition qu’elle soit conclue le 12 juillet au plus tard. Le produit de la vente doit être versé aux syndics appelants et non aux créanciers garantis ayant intenté une action en Cour fédérale. Si la vente n’est pas conclue le 12 juillet au plus tard, le navire doit être remis aux syndics indépendamment des ordonnances de la Cour fédérale. Le « concours » de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse est sollicité pour exécuter ces directives.

Dès juillet 1996, comme nous le verrons, un jugement par défaut avait été rendu dans l’action *in rem*, le navire avait été évalué et les acquéreurs potentiels étaient invités à présenter des soumissions. Le juge MacKay a, par la suite, décidé que les syndics ne pourraient toucher le produit de la vente que s’ils constituaient un cautionnement pour satisfaire aux réclamations des créanciers garantis. Cela ne s’est jamais concrétisé. Comme nous le verrons, ses motifs ont été exposés de manière concise dans un jugement subséquent rendu le 9 avril 1997.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1997] 3 C.F. 187

Le juge MacKay a dit qu’il acceptait le principe de la courtoisie internationale, mais il a souligné que « la Cour est instamment priée de respecter la compétence invoquée par d’autres et d’abandonner l’examen des demandes de redressement dans des procédures longtemps établies en droit maritime » (par. 45). Les syndics ont fait valoir que Holt était à la recherche d’un tribunal favorable, mais le juge MacKay a répondu qu’il n’était « pas persuadé qu’elle a fait plus que chercher à recouvrer sa créance contre le navire là où il se trouvait » (par. 46).

Le juge MacKay n’était « pas convaincu [. . .] du bien-fondé [pour la cour] [. . .] de suspendre

11

12

13

14

then underway, and to permit determination of the outcome to be effectively left to the bankruptcy proceedings of the Commercial Court at Antwerp, recognized by the Superior Court of Quebec” (para. 47). He was “not persuaded that matters before this Court were those of bankruptcy” nor had it been “suggested that any bankruptcy would be based in or administered by any court in Canada” (para. 47). “[T]he balance of convenience favoured denying the stay since the majority of claimants, in Canada and the United States, appeared to be based on the east coast of North America with relatively easy access to the Court’s process in Canada” (para. 48). Accordingly, the stay was refused.

15 The claim of the appellant Trustees to the proceeds of the sale of the Ship was based on their view that once the matter was before the bankruptcy court in Quebec, “it alone had jurisdiction over the assets of the bankrupt” (para. 72). MacKay J. disagreed. On the contrary, he ruled “the determinations of this Court in relation to the arrest of a ship, a judgment in default and the sale of the ship, or the determination of a claim by a secured creditor to the proceeds of the sale of the ship, [are not] proceedings in bankruptcy” (para. 74). Therefore, in his view, the involvement of the Canadian bankruptcy court did not divest the Federal Court of jurisdiction.

16 As to the Trustees’ argument that the Federal Court, even if it had jurisdiction, should in any event defer to the order for the distribution of the proceeds approved by the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy, MacKay J. held that Canadian law “does not establish a process that in any way bars a secured creditor from realizing on the security given by the debtor before its bankruptcy” (para. 80). A maritime lien is a secured claim. Accordingly, “a maritime lien, attaching before bankruptcy of a ship’s owner, may be enforced and the claim based upon it may be realized from proceeds of sale of a ship without restriction under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, or, with respect to

ses propres procédures qui avaient alors été mises en branle et de permettre que l’issue de l’affaire soit effectivement laissée aux procédures de faillite [du Tribunal de commerce] d’Anvers qui avaient été reconnues par la Cour supérieure du Québec » (par. 47). Il n’était « pas persuadé du fait que les affaires dont la présente Cour a été saisie relevaient de la faillite », ajoutant que « personne n’a dit que la faillite relèverait d’un tribunal canadien ou serait administrée par un tribunal au Canada » (par. 47). « [L]a prépondérance des inconvénients favorisait le refus de la suspension puisque la majorité des réclamants, au Canada et aux États-Unis, semblaient être établis sur la côte est de l’Amérique du Nord, d’où ils jouissaient d’un accès relativement facile à la Cour, au Canada » (par. 48). En conséquence, la suspension a été refusée.

La réclamation des syndics appelants visant à obtenir le produit de la vente du navire reposait sur leur point de vue que le tribunal de la faillite du Québec « avait compétence exclusive à l’égard des biens de la faillite » dès qu’il était saisi de l’affaire (par. 72). Le juge MacKay n’était pas de cet avis. Au contraire, il a décidé que « les décisions de la présente Cour en matière de saisie d’un navire, de jugement par défaut et de vente du navire ou [. . .] le fait qu’elle tranche la revendication du produit de la vente du navire par un créancier garanti [ne] sont [pas] des procédures de faillite » (par. 74). Il estimait donc que l’intervention du tribunal de faillite canadien ne dépouillait pas la Cour fédérale de sa compétence.

Au sujet de l’argument des syndics selon lequel, même si elle avait compétence, la Cour fédérale devrait de toute façon s’en remettre à l’ordonnance de répartition du produit de la vente approuvée par la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite, le juge MacKay a conclu que la loi canadienne « n’établit pas de processus qui interdit de quelque façon que ce soit à un créancier garanti de réaliser la garantie constituée par le débiteur avant sa faillite » (par. 80). Un privilège maritime est une créance garantie. En conséquence, « un privilège maritime, constitué avant la faillite du propriétaire d’un navire, peut être exécuté et la réclamation qui prend appui sur celui-ci peut se réaliser sur le

other views, by the courts acting under that Act” (para. 83). MacKay J. thus concluded that Holt and the other secured creditors should have their secured claims paid out of the proceeds of sale in priority to the Trustees. (In the end, the fund was exhausted by the secured claims.)

B. *Federal Court of Appeal* (1999), 173 D.L.R. (4th) 493

Noël J.A. observed, at para. 4, that Holt would “derive a distinct legal advantage” from having its claim determined by the Federal Court. Relying on this Court’s decision in *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, he acknowledged that juridical advantage is but one factor to consider when determining whether a Canadian court should stay its proceedings in favour of a foreign court. However, this factor takes on “considerable significance” (para. 4) when it arises in the normal course of litigation and not as a result of forum shopping. Here there had been a finding that no such forum shopping had occurred. “Having arrested the ship where it was found, the respondent could legitimately expect that Canadian maritime law would apply” (para. 5). Using the words of this Court in *Amchem, supra*, Noël J.A. found that Holt’s “claim had a ‘real and substantial connection’ with Canadian maritime law and there was a ‘reasonable expectation’ that the rights arising thereunder would be enforced” (para. 5). Accordingly, he concluded, MacKay J. did not err in exercising his discretion against a stay.

With respect to the intervention of the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy, Noël J.A. said “comity also extends to domestic courts” (para. 10). In his view, it was “significant that domestically at least, the secured nature of maritime liens has

produit de la vente du navire sans restriction imposée soit par la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, soit, avec égards pour les opinions contraires, par les tribunaux agissant sous le régime de cette Loi » (par. 83). Le juge MacKay a donc conclu que les réclamations garanties de Holt et des autres créanciers garantis devaient être payées sur le produit de la vente avant tout versement aux syndics. (Finalement, les réclamations garanties ont épuisé le fonds.)

B. *Cour d’appel fédérale*, [1999] A.C.F. n° 337 (QL)

Le juge Noël a fait observer que Holt « bénéficiair[ait] d’un net avantage juridique » si sa réclamation était examinée par la Cour fédérale (par. 4). Se fondant sur l’arrêt de notre Cour *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, il a reconnu que l’avantage juridique n’est qu’un des facteurs dont on peut tenir compte pour décider si un tribunal canadien devrait suspendre ses procédures par déférence pour un tribunal étranger. Cependant, lorsque l’avantage résulte du cours normal du litige et non de la recherche du tribunal le plus favorable, ce facteur revêt une « importance considérable » (par. 4). On a conclu, en l’espèce, qu’une telle recherche du tribunal le plus favorable n’avait pas eu lieu. « Ayant saisi le navire là où il se trouvait, l’intimée pouvait légitimement s’attendre à ce que le droit maritime canadien s’applique » (par. 5). Reprenant les propos de notre Cour dans l’arrêt *Amchem*, précité, le juge Noël a estimé que « la réclamation [de Holt] avait un “lien réel et important” avec le droit maritime canadien et [qu’]on pouvait “raisonnablement s’attendre” à ce que les droits en découlant soient exercés » (par. 5). En conséquence, a-t-il conclu, le juge MacKay n’a pas commis d’erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire de refuser la suspension.

En ce qui concerne l’intervention de la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite, le juge Noël a dit que « [l]es tribunaux internes sont également assujettis à un devoir réciproque de courtoisie » (par. 10). À son avis,

always been maintained in the context of bankruptcy proceedings without the need for either of the two jurisdictions to supersede one another” (para. 10). By seeking an *ex parte* order from the Quebec Superior Court for the release of the Ship, “the appellants launched what is in effect a collateral attack on MacKay J.’s decision” (para. 12). In Noël J.A.’s view, the proper approach would have been to seek “the assistance of the Federal Court which is the only Court that had jurisdiction over the arrested ship and the respondent’s *in rem* claim” (para. 13). The appeal was accordingly dismissed.

III. Relevant Statutory Provisions

19 *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7

3. The court of law, equity and admiralty in and for Canada now existing under the name of the Federal Court of Canada is hereby continued as an additional court for the better administration of the laws of Canada and shall continue to be a superior court of record having civil and criminal jurisdiction.

17. . . .

(6) Where an Act of Parliament confers jurisdiction in respect of a matter on a court constituted or established by or under a law of a province, the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of the same matter unless the Act expressly confers that jurisdiction on the Court.

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

50. (1) The Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

(a) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

il était « significatif qu’en droit interne du moins, le caractère garanti des privilèges maritimes a toujours été reconnu dans les procédures de faillite sans qu’il soit nécessaire qu’une juridiction en supplante une autre » (par. 10). En demandant à la Cour supérieure du Québec de rendre une ordonnance *ex parte* enjoignant de lever la saisie du navire, « les appelants se sont de fait lancés dans une contestation parallèle de la décision du juge MacKay » (par. 12). D’après le juge Noël, il aurait convenu davantage de « s’adresser [. . .] à la Cour fédérale, qui est la seule juridiction compétente sur le navire saisi et sur la réclamation *in rem* de l’intimée » (par. 13). L’appel a donc été rejeté.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7

3. Tribunal de droit, d’équité et d’amirauté du Canada, la Cour fédérale du Canada est maintenue à titre de tribunal additionnel propre à améliorer l’application du droit canadien. Elle continue d’être une cour supérieure d’archives ayant compétence en matière civile et pénale.

17. . . .

(6) La Section de première instance n’a pas compétence dans les cas où une loi fédérale donne compétence à un tribunal constitué ou maintenu sous le régime d’une loi provinciale sans prévoir expressément la compétence de la Cour fédérale.

22. (1) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas — opposant notamment des administrés — où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d’une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

50. (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire :

a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;

b) lorsque, pour quelque autre raison, l’intérêt de la justice l’exige.

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

2. In this Act,

“secured creditor” means a person holding a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against the property of the debtor or any part thereof as security for a debt due or accruing due to him from the debtor, or a person whose claim is based on, or secured by, a negotiable instrument held as collateral security and on which the debtor is only indirectly or secondarily liable;

Stay of Proceedings

69.3 (1) Subject to subsection (2) and sections 69.4 and 69.5, on the bankruptcy of any debtor, no creditor has any remedy against the debtor or the debtor’s property, or shall commence or continue any action, execution or other proceedings, for the recovery of a claim provable in bankruptcy, until the trustee has been discharged.

(2) Subject to sections 79 and 127 to 135 and subsection 248(1), the bankruptcy of a debtor does not prevent a secured creditor from realizing or otherwise dealing with his security in the same manner as he would have been entitled to realize or deal with it if this section had not been passed, unless the court otherwise orders

Scheme of Distribution

136. (1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows: . . .

Jurisdiction of Courts

183. (1) The following courts are invested with such jurisdiction at law and in equity as will enable them to exercise original, auxiliary and ancillary jurisdiction in bankruptcy and in other proceedings authorized by this Act during their respective terms, as they are now, or may be hereafter, held, and in vacation and in chambers:

Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

« créancier garanti » Personne détenant une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens, à titre de garantie d’une dette échue ou à échoir, ou personne dont la réclamation est fondée sur un effet de commerce ou garantie par ce dernier, lequel effet de commerce est détenu comme garantie subsidiaire et dont le débiteur n’est responsable qu’indirectement ou secondairement.

Suspension des procédures

69.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et des articles 69.4 et 69.5, à compter de la faillite d’un débiteur, les créanciers n’ont aucun recours contre le débiteur ou contre ses biens et ne peuvent tenter ou continuer aucune action, exécution ou autre procédure en vue du recouvrement de réclamations prouvables en matière de faillite, et ce jusqu’à la libération du syndic.

(2) Sous réserve des articles 79 et 127 à 135 et du paragraphe 248(1), la faillite d’un débiteur n’a pas pour effet d’empêcher un créancier garanti de réaliser sa garantie ou de faire toutes autres opérations à son égard tout comme il aurait pu le faire en l’absence du présent article, à moins que le tribunal n’en ordonne autrement . . .

Plan de répartition

136. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d’un failli sont distribués d’après l’ordre de priorité de paiement suivant: . . .

Compétence des tribunaux

183. (1) Les tribunaux suivants possèdent la compétence en droit et en équité qui doit leur permettre d’exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d’autres procédures autorisées par la présente loi durant leurs termes respectifs, tels que ces termes sont maintenant ou peuvent par la suite être tenus, pendant une vacance judiciaire et en chambre :

(b) in the Province of Quebec, the Superior Court;

b) dans la province de Québec, la Cour supérieure;

IV. Analysis

IV. Analyse

20 In this appeal we are urged to adopt a “universalist approach” to bankruptcies and insolvencies that affect more than one jurisdiction. I accept at the outset that bankruptcies that engage multiple jurisdictions may not be administered effectively if each national court goes its own way with the assets that happen physically to be within its control. The chaotic fact situation faced by the Trustees in this case, from Singapore to the Bahamas and Israel to New Zealand, is eloquent testimony to the need for judicial cooperation and international comity.

Dans le présent pourvoi, nous sommes invités à adopter une « approche universaliste » dans les affaires de faillite et d’insolvabilité ayant des répercussions dans plus d’un ressort. J’admets d’emblée que les faillites mettant en cause plus d’un ressort ne peuvent pas être administrées efficacement si chaque tribunal national gère à sa façon les biens qui sont physiquement sous son contrôle. En l’espèce, la situation factuelle chaotique avec laquelle sont aux prises les syndics, de Singapour aux Bahamas et d’Israël à la Nouvelle-Zélande, témoigne éloquentement de la nécessité de la coopération judiciaire et de la courtoisie internationale.

21 Moreover, it must also be freely acknowledged that the connection between this litigation and Canada is relatively weak. None of the parties (including the Ship) resides here. The debt was incurred in the United States. The shipowner resides in Belgium. There are no bankruptcy proceedings in Canada other than those initiated by the appellant Trustees for recognition of various orders of the Belgian bankruptcy court.

En outre, il faut bien reconnaître que le lien entre le présent litige et le Canada est relativement faible. Aucune des parties (y compris le navire) n’a son lieu de résidence dans notre pays. La dette a été contractée aux États-Unis. Le propriétaire du navire réside en Belgique. Il n’y a, au Canada, aucune instance en matière de faillite autre que les procédures engagées par les syndics appelants en vue de faire reconnaître diverses ordonnances délivrées par le tribunal de faillite belge.

22 Canadian courts have become seized with the dispute only because the vagaries of maritime commerce carried the M/V “Brussel” into Canadian waters on March 30, 1996. It was certainly open to the Federal Court to defer in these matters to the bankruptcy court of the bankrupt’s domicile. The question is whether, as contended by the appellant Trustees, the Federal Court was *obliged* to do so. If not, did the Federal Court nevertheless commit an error in the exercise of its discretion not to stay the *in rem* action in deference to the Belgian bankruptcy court?

Les tribunaux canadiens n’ont été saisis du litige que parce que les aléas du commerce maritime ont fait en sorte que le N/M « Brussel » s’est retrouvé en eaux canadiennes le 30 mars 1996. Il était alors certainement loisible à la Cour fédérale de s’en remettre au tribunal de faillite du domicile de la faillie. La question est de savoir si la Cour fédérale était *tendue* de le faire, comme le prétendent les syndics appelants. Dans la négative, la Cour fédérale a-t-elle néanmoins commis une erreur lors de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en ne suspendant pas l’action *in rem* par déférence pour le tribunal de faillite belge?

23 For present purposes, I accept the following convenient definitions of the “universalist approach” and the “territorialist approach” (sometimes referred to as the “Grab Rule”):

Aux fins de la présente affaire, je fais miennes les définitions pratiques suivantes de l’« approche universaliste » et de l’« approche territorialiste » (parfois appelée [TRADUCTION] « règle de l’appropriation ») :

. . . courts and commentators have identified two general approaches to distributing assets in such proceedings. Under the “territoriality” approach, or the “Grab Rule,” the court in each jurisdiction where the debtor has assets distributes the assets located in that jurisdiction pursuant to local rules. Under the “universality” approach, a primary insolvency proceeding is instituted in the debtor’s domiciliary country, and ancillary courts in other jurisdictions — typically in jurisdictions where the debtor has assets — defer to the foreign proceeding and in effect collaborate to facilitate the centralized liquidation of the debtor’s estate according to the rules of the debtor’s home country.

(*In re Treco*, 240 F.3d 148 (2d Cir. 2001), at p. 153)

The Federal Court was clearly of the view that it was not in this case choosing between the “universalist” approach and the “Grab Rule”. It was making a choice between the conflicting demands of two international systems of commercial dispute resolution, namely the rules of maritime law, with long historical roots in the practicalities of ocean shipping, and more recent legal initiatives to establish coherent rules for the administration of international bankruptcies and insolvencies. In its view, I think correctly, the choice was dictated not by some abstract rule of “universalism” but by what the Federal Court understood to be the specific circumstances and justice of this particular case.

A. *Maritime Law*

Shipping was one of the earliest activities that required international cooperation in the regulation of the rights and obligations of its participants. “For the cradle of our maritime law we must turn to the Mediterranean Sea where the sea commerce has had a continuous history for nearly five thousand years”: *Benedict on Admiralty* (7th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 1-4; and see generally W. Tetley, *Maritime Liens and Claims* (2nd ed. 1998), at pp. 7-8. Maritime lawyers were forced to confront the need for rules to govern international commerce centuries before the “universalist approach” became a key issue in bankruptcy. Seamen, sal-

[TRADUCTION] . . . les tribunaux et les commentateurs ont reconnu deux approches générales applicables à la répartition des éléments d’actif dans le cadre de telles procédures. Selon l’approche territorialiste ou « règle de l’appropriation », le tribunal de chaque ressort dans lequel le débiteur possède des éléments d’actif répartit les éléments d’actif situés dans ce ressort conformément aux règles locales. Selon l’approche universaliste, les procédures d’insolvabilité principales sont engagées dans le pays où est domicilié le débiteur, et les tribunaux secondaires situés dans d’autres ressorts — habituellement les ressorts où le débiteur possède des éléments d’actif — s’en remettent aux procédures engagées à l’étranger et, en fait, collaborent pour faciliter la liquidation centralisée de l’actif du débiteur conformément aux règles en vigueur dans le pays où habite le débiteur.

(*In re Treco*, 240 F.3d 148 (2d Cir. 2001), p. 153)

La Cour fédérale était nettement d’avis qu’elle n’avait pas en l’espèce à choisir entre l’approche « universaliste » et la « règle de l’appropriation ». Elle devait plutôt faire un choix entre les exigences opposées de deux systèmes internationaux de règlement des conflits commerciaux, à savoir les règles du droit maritime, qui reposent depuis longtemps sur les considérations pratiques du transport maritime, et les plus récentes initiatives juridiques visant l’établissement de règles cohérentes pour l’administration des affaires de faillite et d’insolvabilité internationales. La Cour fédérale a estimé, à juste titre selon moi, que ce choix était dicté non par une règle abstraite d’« universalisme », mais par sa propre perception de la situation particulière et de ce qui était juste en l’occurrence.

A. *Le droit maritime*

Le transport maritime est l’une des premières activités ayant nécessité une coopération internationale en matière de réglementation des droits et des obligations des parties qui s’y livrent. [TRADUCTION] « En ce qui concerne les origines de notre droit maritime, nous devons nous tourner vers la Méditerranée où le commerce maritime existe depuis près de cinq mille ans » : *Benedict on Admiralty* (7^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 1-4, et voir généralement W. Tetley, *Maritime Liens and Claims* (2^e éd. 1998), p. 7-8. Les avocats spécialisés en droit maritime ont dû faire face à la nécessité d’établir des règles régissant le commerce

vors, ship chandlers, repairers and other suppliers of essential goods and services to the ship in foreign ports required some assurance of payment. They looked to the ship. Common rules were essential because suppliers dealt with ships from many countries and the Masters found themselves in distant ports in an age when communications with ship owners were slow and unreliable. In maritime commerce, “rules of practical convenience commanding general assent are a virtual necessity”: *Laane and Baltser v. Estonian State Cargo & Passenger Steamship Line*, [1949] S.C.R. 530, *per* Rand J., at p. 545. See also: *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683, at p. 695. Practicality required an *in rem* proceeding against the ship as distinguished from an *in personam* action against the shipowner. The need for predictability and uniformity was so strong that even the common law courts, ever protective of their own ways, ceded jurisdiction to specialized courts of admiralty applying a largely international law of maritime commerce. As Professor Tetley, *supra*, writes, at p. 56:

[M]aritime law as we know it today is civilian in nature, finding its source in the *lex maritima* (the law maritime) which is a part of the *lex mercatoria* (the law merchant). Maritime law was codified, international law and, in England, it was apart from, and opposed to, its nearly mortal enemy, the common law.

international des siècles avant que « l’approche universaliste » devienne une question-clé en matière de faillite. Les marins, sauveteurs, approvisionneurs, réparateurs et autres fournisseurs de biens et services essentiels aux navires se trouvant dans des ports étrangers avaient besoin de certaines garanties de paiement. Ils comptaient sur le navire. Il était essentiel d’établir des règles communes parce que les fournisseurs transigeaient avec des navires en provenance de nombreux pays et que les capitaines se retrouvaient dans des ports éloignés à une époque où la communication avec les propriétaires des navires était lente et peu fiable. Dans le domaine du commerce maritime, [TRADUCTION] « des règles d’utilité pratique requérant un consentement général sont quasi indispensables » : *Laane and Baltser c. Estonian State Cargo & Passenger Steamship Line*, [1949] R.C.S. 530, le juge Rand, p. 545. Voir également : *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683, p. 695. Pour des raisons pratiques, il convenait d’intenter une action *in rem* contre le navire au lieu d’une action *in personam* contre le propriétaire du navire. Le besoin de prévisibilité et d’uniformité était si fort que même les tribunaux de common law, toujours jaloux de leurs méthodes, ont cédé leur compétence aux tribunaux d’amirauté chargés d’appliquer un droit largement international en matière de commerce maritime. Comme l’écrit le professeur Tetley, *op. cit.*, p. 56 :

[TRADUCTION] [L]e droit maritime, tel que nous le connaissons aujourd’hui, est de nature civile et émane de la *lex maritima* (droit maritime) qui fait partie de la *lex mercatoria* (droit commercial). Le droit maritime était un droit international codifié et, en Angleterre, il était séparé de la common law, son ennemi quasi mortel, et s’y opposait.

26

The *in rem* interest in ships took many forms, some created by statute, others by mortgage, still others by possession. One of the most ancient and effective forms of security was (and is) the maritime lien. In this action, Holt claims a maritime lien for stevedoring services pursuant to the U.S. *Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C. § 31342. Broadly speaking, a maritime lien arises without registration or other formality when debts of a specific nature are incurred by or on behalf of a ship. The lien creates a charge which “goes with

Le droit réel sur un navire revêtait maintes formes — créé par la loi dans certains cas, il découlait d’une hypothèque ou encore de la possession dans d’autres cas. L’une des formes de garantie les plus anciennes et efficaces était (et est toujours) le privilège maritime. Dans la présente action, Holt invoque un privilège maritime pour des services d’acconage, conformément à la *Commercial Instruments and Maritime Liens Act* américaine, 46 U.S.C. § 31342. D’une manière générale, un privilège maritime prend naissance sans enregistrement

the ship everywhere, even in the hands of a purchaser for value without notice, and has a certain ranking with other maritime liens, all of which take precedence over mortgages” (*The Tolten*, [1946] P. 135 (C.A.), *per* Scott L.J., at p. 150). It may be described, in that sense, as a “secret lien”.

The reason for this privileged status for maritime lien holders is entirely practical. The ship may sail under a flag of convenience. Its owners may be difficult to ascertain in a web of corporate relationships (as indeed was the case here, where initially Holt named the wrong corporation as ship owner). Merchant seamen will not work the vessel unless their wages constitute a high priority against the ship. The same is true of others whose work or supplies are essential to the continued voyage. The Master may be embarrassed for lack of funds, but the ship itself is assumed to be worth something and is readily available to provide a measure of security. Reliance on that security was and is vital to maritime commerce. Uncertainty would undermine confidence. The appellant Trustees’ claim to “international comity” in matters of bankruptcy must therefore be weighed against competing considerations of a more ancient and at least equally practical international system — the law of maritime commerce.

B. *Foreign Bankruptcy Orders*

The appellant Trustees take the position that once the Canadian bankruptcy court was activated on this file, its power and authority occupied the field in relation to matters pertaining to the bankrupt, so to speak, to the exclusion of courts not possessing bankruptcy jurisdiction. This proposition is, in my view, too broad.

I propose to make a few preliminary observations about the appellant Trustees’ position. More detailed consideration follows.

ou autre formalité dès qu’une dette d’une nature particulière est contractée par un navire ou au nom d’un navire. Le privilège donne naissance à un droit réel [TRADUCTION] « qui suit le navire où qu’il soit, même entre les mains d’un acquéreur à titre onéreux sans préavis, et occupe le même rang que les autres privilèges maritimes, tous ces privilèges ayant préséance sur les hypothèques » (*The Tolten*, [1946] P. 135 (C.A.), le lord juge Scott, p. 150). Dans ce sens, il peut être décrit comme un « privilège occulte ».

Ce statut privilégié des titulaires de privilège maritime existe pour une raison purement pratique. Un navire peut naviguer sous pavillon de complaisance. Il peut être difficile d’en identifier les propriétaires dans un réseau complexe d’entreprises (comme cela s’est produit dans la présente affaire où, au départ, Holt a désigné incorrectement la société propriétaire du navire). Les marins de la marine marchande ne travailleront pas sur un navire à moins que leur salaire ne constitue une créance prioritaire sur le navire. Il en est de même pour ceux dont le travail ou les approvisionnements sont essentiels à la poursuite du voyage. Le capitaine peut être à court d’argent, mais on présume que le navire lui-même a une certaine valeur et qu’il peut facilement constituer une certaine garantie. Cette garantie était et est toujours essentielle au commerce maritime. L’incertitude minerait la confiance. Il faut donc soupeser l’argument de la courtoisie internationale en matière de faillite avancé par les syndic appellants en fonction des considérations opposées d’un système international plus ancien et au moins tout aussi pratique — le droit commercial maritime.

B. *Les ordonnances de faillite délivrées à l’étranger*

Les syndic appellants prétendent que, dès qu’il a été saisi du présent dossier, le tribunal de faillite canadien avait, pour ainsi dire, compétence exclusive sur les questions reliées à la faillite, ce qui avait pour effet d’exclure les tribunaux n’ayant pas compétence en matière de faillite. À mon avis, cette affirmation est trop générale.

Je compte formuler quelques observations préliminaires au sujet de la position des syndic appellants. Un examen plus détaillé suivra.

27

28

29

30

The first preliminary observation is that Antwerp Bulkcarriers, N.V. was not placed in bankruptcy under the laws of Canada. The only proceedings before a Canadian bankruptcy court were for the recognition and implementation of the orders of the Belgian bankruptcy court. Part XIII of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (the "Act"), entitled "International Insolvencies", was not yet in force at the time of these events. Nevertheless, Canadian bankruptcy courts have long exercised a jurisdiction to come to the aid of foreign bankruptcy courts where it has been in their power to do so. Part XIII put the stamp of parliamentary approval on an initiative supported by judges and scholarly practitioners, both before and after enactment of Part XIII: see *Olympia & York Developments Ltd. v. Royal Trust Co.* (1993), 20 C.B.R. (3d) 165 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 167; *Re Cadillac Fairview Inc.* (1995), 30 C.B.R. (3d) 17 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Roberts v. Picture Butte Municipal Hospital* (1998), 64 Alta. L.R. (3d) 218 (Q.B.), at pp. 224 and 226; *Re Walker* (1998), 5 C.B.R. (4th) 123 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Re Babcock & Wilcox Canada Ltd.* (2000), 18 C.B.R. (4th) 157 (Ont. S.C.); and see generally J. D. Honsberger, "Canadian Recognition of Foreign Judicially Supervised Arrangements" (1990), 76 C.B.R. (N.S.) 204.

31

My second preliminary observation is that the bankruptcy courts in Belgium and Canada had (and have) a legitimate interest in the *in rem* action in the Federal Court. On May 9, 1996, when the Trustees obtained the order of recognition of the Belgian judgment, title to the M/V "Brussel", however heavily encumbered, was still registered in the name of the bankrupt. It is true that the market value of the Ship (ultimately sold for US\$4.6 million) was a mere fraction of the first mortgage (about \$68 million) held by the Belgian state bank, Société Nationale de Crédit à l'Industrie S.A. ("SNCI"). It is also true that there were maritime liens and statutory charges that ranked ahead of the first mortgage. The bankrupt company nevertheless retained legal title, and to that extent the Ship constituted part of the property of the bankrupt, at least as that term is understood in Canadian law: *Federal Business*

La première observation préliminaire est que la société Antwerp Bulkcarriers, N.V. n'a pas été mise en faillite sous le régime des lois du Canada. Les seules procédures engagées devant un tribunal de faillite canadien visaient à obtenir la reconnaissance et l'exécution des ordonnances du tribunal de faillite belge. La partie XIII de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (la « Loi », intitulée « Insolvabilité en contexte international », n'était pas encore en vigueur à l'époque. Néanmoins, lorsqu'ils sont en mesure de le faire, les tribunaux de faillite canadiens exercent depuis longtemps leur compétence pour prêter concours aux tribunaux de faillite étrangers. La partie XIII constitue une approbation par le Parlement d'une initiative appuyée par les juges et les auteurs de doctrine avant et après l'adoption de cette partie de la Loi : voir *Olympia & York Developments Ltd. c. Royal Trust Co.* (1993), 20 C.B.R. (3d) 165 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 167; *Re Cadillac Fairview Inc.* (1995), 30 C.B.R. (3d) 17 (C. Ont. (Div. gén.)); *Roberts c. Picture Butte Municipal Hospital* (1998), 64 Alta. L.R. (3d) 218 (B.R.), p. 224 et 226; *Re Walker* (1998), 5 C.B.R. (4th) 123 (C. Ont. (Div. gén.)); *Re Babcock & Wilcox Canada Ltd.* (2000), 18 C.B.R. (4th) 157 (C.S. Ont.); voir également, de façon générale, J. D. Honsberger, « Canadian Recognition of Foreign Judicially Supervised Arrangements » (1990), 76 C.B.R. (N.S.) 204.

Ma deuxième observation préliminaire est que les tribunaux de faillite en Belgique et au Canada avaient (et ont toujours) un intérêt légitime dans l'action *in rem* intentée devant la Cour fédérale. Le 9 mai 1996, lorsque les syndicis ont obtenu l'ordonnance reconnaissant le jugement belge, le titre de propriété du N/M « Brussel », si lourdement grevé fût-il, était toujours enregistré au nom de la faillie. Il est vrai que la valeur marchande du navire (finalement vendu pour 4 600 000 \$US) ne représentait qu'une fraction de la première hypothèque (d'environ 68 000 000 \$) détenue par la banque d'État belge, la Société Nationale de Crédit à l'Industrie S.A. (« SNCI »). Il est également vrai qu'il existait alors des privilèges maritimes et légaux ayant priorité de rang sur la première hypothèque. La société faillie conservait néanmoins le titre de propriété et, dans cette mesure, le navire

Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), [1988] 1 S.C.R. 1061.

Counsel for the respondent appeared to consider it dispositive of the appeal to characterize the issue before us as concerning “maritime law” as opposed to “bankruptcy law”. The facts here present both aspects, and in my view, with respect, the issue before the Federal Court was one of finding the proper balance of relevant factors on the stay application as opposed to trying to preempt further debate with a “pith and substance” characterization of the nature of the proceeding.

Thirdly, a Canadian bankruptcy court has a responsibility to consider the interests of the litigants before it and other affected parties in this country as well as the desirability of international cooperation and other relevant circumstances. Its function is not simply to rubber stamp commands issuing from the foreign court of the primary bankruptcy. Thus the exigencies of international cooperation were significant to both the Federal Court and the Canadian bankruptcy court, but they were not a factor that necessarily trumped all other factors.

Fourthly, the Canadian bankruptcy court derives its authority from Canadian law. When called upon to lend assistance to foreign bankruptcy courts, Canadian law requires our courts to consider as *one* of the relevant circumstances the juridical advantage which those disadvantaged by deferral to the foreign court would enjoy in a Canadian court. I appreciate that over-emphasis on juridical advantage as a factor would lead to enthronement of the “Grab Rule” because claimants in the Canadian court will inevitably have a good reason why they do not wish to take their chances in the general bankruptcy in the court of the bankrupt’s domicile. Nevertheless, all of the relevant factors must be weighed in a stay application and the nature and extent of juridical

faisait partie de ses biens, du moins selon l’interprétation de ce terme en droit canadien : *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061.

L’avocat de l’intimée paraissait croire que le pourvoi serait réglé si on considérait que la question qui nous est soumise relève du « droit maritime » au lieu du « droit de la faillite ». Les deux aspects sont présents en l’espèce et j’estime, en toute déférence, qu’il s’agissait pour la Cour fédérale de trouver le juste équilibre entre les facteurs pertinents quant à la demande de suspension et non pas de tenter d’éviter tout autre débat en déterminant la nature des procédures en fonction de leur « caractère véritable ».

Troisièmement, un tribunal de faillite canadien doit tenir compte des intérêts des parties qui plaident devant lui et des autres parties touchées au Canada, ainsi que de l’utilité d’une coopération internationale et d’autres circonstances pertinentes. Son rôle ne consiste pas simplement à approuver sans discussion les ordres du tribunal étranger saisi de la faillite principale. Ainsi, les exigences de la coopération internationale étaient un facteur important tant pour la Cour fédérale que pour le tribunal de faillite canadien, mais ce facteur n’éclipsait pas nécessairement tous les autres facteurs.

Quatrièmement, la compétence du tribunal de faillite canadien découle du droit canadien. Lorsqu’ils sont appelés à prêter leur concours à des tribunaux de faillite étrangers, nos tribunaux sont tenus, en vertu du droit canadien, de considérer comme étant *une* circonstance pertinente l’avantage juridique dont bénéficieraient devant un tribunal canadien ceux qui sont désavantagés par le recours à un tribunal étranger. Je suis conscient du fait qu’une insistance trop grande sur le facteur de l’avantage juridique mènerait à la consécration de la « règle de l’appropriation », étant donné que les réclamants devant le tribunal canadien auraient inévitablement une bonne raison de ne pas vouloir tenter leur chance dans la faillite générale devant le tribunal du domicile du failli. Toutefois, tous les

32

33

34

advantage for the various parties was clearly an important factor to throw into the balance.

facteurs pertinents doivent être soupesés dans le cas d'une demande de suspension, et la nature de même que l'étendue de l'avantage juridique pour les différentes parties constituaient nettement un facteur important qui devait être soupesé.

Cinquièmement, la politique générale énoncée dans nos lois sur la faillite est une considération pertinente. Habituellement, la faillite annonce au moins une suspension temporaire des recours contre l'actif du failli. Cependant, si la faillite était survenue au Canada, la suspension légale de l'action intentée par un créancier aurait été peu pertinente en pratique étant donné que l'art. 69.3 de la Loi soustrait à la suspension légale (sous réserve d'exceptions non applicables en l'espèce) les procédures engagées par les créanciers garantis en vue de réaliser leur garantie. L'alinéa 69.3(2)a) aurait permis au tribunal de faillite canadien d'ordonner un report maximum de six mois. En l'espèce, l'ordonnance du tribunal de faillite canadien a eu pour effet de suspendre de façon permanente au Canada les procédures de réalisation de la garantie du navire.

J'examinerai maintenant plus en détail les arguments des parties.

C. Les questions soulevées par le présent pourvoi

Nul ne conteste que la Section de première instance de la Cour fédérale aurait normalement compétence pour saisir le navire, examiner la réclamation de Holt relativement aux dettes contractées au nom du navire, déterminer la validité du privilège maritime invoqué par Holt, ordonner l'évaluation et la vente du navire et veiller à ce que les créanciers garantis ayant gain de cause soient payés sur le produit de la vente.

Les syndics avancent trois arguments généraux à l'appui de leur point de vue selon lequel, dès que le propriétaire du navire a été mis en faillite le 5 avril 1996, la Cour fédérale avait [TRADUCTION] « une obligation de courtoisie envers la directive » du tribunal de faillite belge, dont les ordres ont été reconnus et acceptés par le tribunal de faillite canadien. Premièrement, comme nous l'avons vu, les syndics soutiennent que les tribunaux canadiens devraient adopter une approche « universaliste » plutôt que

35 Fifthly, the public policy expressed in our own bankruptcy laws is a relevant consideration. Bankruptcy usually signals at least a temporary “cease fire” against the bankrupt’s estate. However, if this had been a Canadian bankruptcy, the statutory stay of a creditor’s action would have been of little practical relevance because s. 69.3 of the Act exempts from the statutory stay (with exceptions not relevant here) proceedings by secured creditors to realize on their security. Section 69.3(2)(a) would have authorized the Canadian bankruptcy court to order a postponement of no more than six months. The effect of the Canadian bankruptcy court’s order in this case was a permanent stay of proceedings for realization of the security of the Ship in Canada.

36 I now turn to the more detailed submissions of the parties.

C. Issues Raised by the Present Appeal

37 It is common ground that ordinarily the Federal Court, Trial Division, would have jurisdiction to arrest the Ship, to entertain Holt’s claim for debts incurred on the Ship’s behalf, to assess the validity of Holt’s claim to a maritime lien, to order the appraisal and sale of the Ship and to see the successful secured claimants paid out of the proceeds of sale.

38 The Trustees advance three broad submissions in support of their position that once the shipowner was declared bankrupt on April 5, 1996, the Federal Court was “bound to act in comity with the direction” given by the Belgian bankruptcy court, whose edicts were recognized and accepted by the Canadian bankruptcy court. Firstly, as already mentioned, they say that Canadian courts should follow a “universalist” rather than a “territorialist” approach to bankruptcy. Secondly, they say that a Canadian

court exercising admiralty jurisdiction (the Federal Court) must defer to or at least cooperate with (which in their eyes seems to amount to the same thing) the Canadian court exercising bankruptcy jurisdiction (the Quebec Superior Court). Thirdly, the Trustees say that the response of Canadian courts should be “uniform” by which they appear to mean the Federal Court should have acceded to the request of the Belgian court because the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy had already done so.

In light of these preliminary observations, I think the Trustees’ arguments may be conveniently addressed under the following headings:

1. Did the respondent Holt possess a valid claim to a maritime lien under Canadian law against the M/V “Brussel” prior to the Belgian bankruptcy of the owners on April 5, 1996?
2. Did Holt thereby enjoy a juridical advantage in Canada that would be in jeopardy if the Federal Court proceedings were stayed in deference to the Belgian bankruptcy court?
3. Did the Federal Court err in treating Holt as a “secured creditor” as that term is understood in Canadian bankruptcy law?
4. Did the Belgian bankruptcy of April 5, 1996 give the Belgian Trustees a valid claim to the Ship?
5. Did the Federal Court of Canada lose jurisdiction to proceed as a result of the various orders of the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy?
6. Even if the Federal Court retained jurisdiction, ought it nevertheless to have deferred to the Belgian bankruptcy court on the basis of “international comity” and the need for an

« territorialiste » en matière de faillite. Deuxièmement, ils affirment que le tribunal canadien ayant compétence en matière d’amirauté (à savoir la Cour fédérale) devrait s’en remettre au tribunal canadien ayant compétence en matière de faillite (à savoir la Cour supérieure du Québec) ou à tout le moins coopérer avec lui (ce qui à leurs yeux revient au même). Troisièmement, les syndics soutiennent que la réponse des tribunaux canadiens devrait être « uniforme » et, à cet égard, ils semblent vouloir dire que la Cour fédérale aurait dû faire droit à la demande du tribunal belge étant donné que la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite l’avait déjà fait.

À la lumière de ces observations préliminaires, les arguments des syndics peuvent, à mon sens, être commodément abordés sous les rubriques suivantes :

1. L’intimée Holt pouvait-elle, en droit canadien, invoquer valablement un privilège maritime sur le N/M « Brussel » avant la faillite des propriétaires survenue en Belgique le 5 avril 1996?
2. Holt bénéficiait-elle au Canada d’un avantage juridique qui serait compromis si les procédures engagées devant la Cour fédérale étaient suspendues par déférence pour le tribunal de faillite belge?
3. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en traitant Holt comme un « créancier garanti » selon l’interprétation de cette expression en droit canadien de la faillite?
4. La faillite survenue en Belgique le 5 avril 1996 a-t-elle conféré aux syndics belges un droit de réclamation valide à l’égard du navire?
5. La Cour fédérale du Canada a-t-elle perdu compétence à la suite des diverses ordonnances délivrées par la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite?
6. Même si la Cour fédérale avait conservé compétence, aurait-elle dû néanmoins s’en remettre au tribunal de faillite belge au nom de la « courtoisie internationale » et en raison de la nécessité d’une

integrated “universalist” approach to the bankruptcy?

7. In light of the foregoing, did the Federal Court err in the exercise of its discretion to deny the Trustees’ application for a stay of proceedings?

approche « universaliste » intégrée en matière de faillite?

7. À la lumière de ce qui précède, la Cour fédérale a-t-elle commis une erreur dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser la demande de suspension des procédures présentée par les syndicats?

40 I will address each of these issues in turn.

J’examinerai ces questions l’une après l’autre.

1. Did the Respondent Holt Possess a Valid Claim to a Maritime Lien Under Canadian Law Against the M/V “Brussel” Prior to the Belgian Bankruptcy of the Owners of April 5, 1996?

1. L’intimée Holt pouvait-elle, en droit canadien, invoquer valablement un privilège maritime sur le N/M « Brussel » avant la faillite des propriétaires survenue en Belgique le 5 avril 1996?

41 A maritime lien validly created under foreign law will be recognized and given the same priority in Canada as would be given to a maritime lien created in Canada under Canadian maritime law “unless opposed to some rule of domestic policy or procedure which prevents the recognition of the right”: *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680, *per* Newcombe J., at p. 685. The theory is that “[i]f a maritime lien exists it cannot be shaken off by changing the location of the res”: *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248, at p. 1252.

Un privilège maritime valablement créé sous le régime d’une loi étrangère est reconnu et se voit accorder, au Canada, la même priorité qu’un privilège maritime créé au Canada sous le régime du droit maritime canadien, [TRADUCTION] « à moins qu’il n’aille à l’encontre d’une règle quelconque de politique ou de procédure intérieure qui en empêche la reconnaissance » : *The Strandhill c. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680, le juge Newcombe, p. 685. La théorie veut que « [l]orsqu’un privilège maritime existe, on ne [puisse] s’en débarrasser en changeant la chose de place » : *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248, p. 1252.

42 Under U.S. law, as stated, the respondent Holt acquired a maritime lien against the Ship at the moment when services were rendered in U.S. ports. All such services were rendered prior to March 30, 1996. The Ship thus arrived in Canadian waters burdened with a maritime lien. A maritime lien would not have arisen under Canadian law for similar stevedoring services rendered to a ship at a port in Canada, but the proper law giving rise to the debt was U.S. law, not Canadian law.

Rappelons qu’en vertu du droit américain, l’intimée Holt a acquis un privilège maritime sur le navire lorsqu’elle a fourni ses services dans des ports américains. Ces services ont tous été fournis avant le 30 mars 1996. Le navire est ainsi arrivé dans les eaux canadiennes grevé d’un privilège maritime. En droit canadien, un tel privilège n’aurait pas pris naissance à la suite de services d’acconage semblables fournis à un navire se trouvant dans un port au Canada, mais le droit qui avait donné naissance à la dette était le droit américain et non le droit canadien.

43 It is Canadian law, once it recognizes the right, that grants the remedy and sets the priorities. At Canadian law, a maritime lien ranks ahead of a ship’s mortgage (i.e., the \$68 million claim of SNCD). See *Todd Shipyards, supra*, at p. 1259, and

Une fois qu’il reconnaît l’existence du droit en cause, le droit canadien accorde le recours et établit les priorités. En droit canadien, le privilège maritime a priorité de rang sur l’hypothèque qui grève un navire (soit la créance de 68 000 000 \$

Marlex Petroleum Inc. v. Har Rai (The), [1987] 1 S.C.R. 57, aff'g [1984] 2 F.C. 345 (C.A.).

The appellant Trustees argue that a “universalist” approach to trans-border bankruptcies is a domestic policy opposable to recognition of the U.S. maritime lien in this case within the meaning of the *Strandhill* exception, but I do not think so. Newcombe J. was looking to something offensive about the origin of the right being asserted (as was the case in *Laane and Baltser, supra*). There is nothing offensive about the origin of Holt’s claim. If stevedoring services had not been rendered, the Ship could not have unloaded its cargo at Gloucester City, New Jersey. If Holt is to be defeated by considerations of “universalism”, it will be as a result of a balancing of relevant factors under s. 50 of the *Federal Court Act* which authorizes the court, in its discretion, to stay its own proceedings.

In my view, on the existing state of the law, Holt was entitled to have its maritime lien recognized as such by the Federal Court in these proceedings.

2. Did Holt Thereby Enjoy a Juridical Advantage in Canada that Would Be in Jeopardy if the Federal Court Proceedings Were Stayed in Deference to the Belgian Bankruptcy Court?

There were clear advantages to Holt in having its claim disposed of in Canada. Firstly, at the time the Trustees intervened, Holt’s *in rem* action was undefended and speeding to a successful conclusion. According to the anticipated timetable, its claim would be paid in full, plus expenses, within a matter of months. The Belgian bankruptcy was still in the early stages of organization.

Secondly, and more importantly, it seems clear that Holt’s claim would not enjoy the same priority in Belgium as it enjoyed under Canadian maritime law.

de la SNCI). Voir *Todd Shipyards*, précité, p. 1259, et *Marlex Petroleum Inc. c. Har Rai (Le)*, [1987] 1 R.C.S. 57, conf. [1984] 2 C.F. 345 (C.A.).

Les syndics appelants allèguent qu’en l’espèce une approche « universaliste » en matière de faillites transfrontalières est une politique intérieure opposable à la reconnaissance du privilège maritime américain, au sens de l’exception prévue dans l’arrêt *Strandhill*, mais je ne crois pas que ce soit le cas. Le juge Newcombe exigeait que l’origine du droit revendiqué ait quelque chose d’inconvenant (comme c’était le cas dans l’affaire *Laane and Baltser*, précitée). L’origine de la réclamation de Holt n’a rien d’inconvenant. Si les services d’acconage n’avaient pas été fournis, la cargaison du navire n’aurait pas pu être déchargée à Gloucester City, au New Jersey. Si Holt doit échouer pour des considérations d’« universalisme », ce sera à la suite d’une évaluation de facteurs pertinents fondée sur l’art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui donne à la cour le pouvoir discrétionnaire de suspendre ses propres procédures.

À mon avis, compte tenu de l’état actuel du droit, Holt avait droit en l’espèce à la reconnaissance de son privilège maritime par la Cour fédérale.

2. Holt bénéficiait-elle au Canada d’un avantage juridique qui serait compromis si les procédures engagées devant la Cour fédérale étaient suspendues par déférence pour le tribunal de faillite belge?

Holt avait manifestement avantage à ce que sa réclamation soit tranchée au Canada. Premièrement, au moment de l’intervention des syndics, l’action *in rem* de Holt n’était pas contestée et se dirigeait rapidement vers une conclusion favorable. Selon l’échéancier prévu, sa réclamation, incluant les frais, serait entièrement acquittée en quelques mois. La faillite belge en était encore au stade initial de l’organisation.

Deuxièmement, et qui plus est, il semble évident que la réclamation de Holt n’aurait pas la même priorité en Belgique que celle dont elle bénéficiait en droit maritime canadien.

44

45

46

47

48

In an affidavit sworn in this action on June 5, 1996, the appellant De Roy deposed that the applicable Belgian law “prohibits the arrest or execution by creditors of the debtor’s property to enforce preferential/lien claims” (para. 26). De Roy further deposed that Belgian maritime law “gives specific priorities to certain types of claims” (para. 42) but declined to state whether such “priority” claims included that of Holt and other maritime lien holders. In the hearing before Guthrie J. of the Canadian bankruptcy court, M^e Édouard Baudry, an experienced admiralty law practitioner arguing for the intervener, SNCI, who supported the appellant Trustees, expressed the common understanding of counsel that Holt would likely be disadvantaged if required to take its claim to Belgium:

Me ÉDOUARD BAUDRY

I would add, though, as my friend will no doubt tell you, that the possibility of an American maritime lien being recognized by Belgian Court is a . . .

THE COURT

Being maintained by the Antwerp Court is slimmer than in here?

Me ÉDOUARD BAUDRY

. . . is a lot slimmer than here.

THE COURT

I can understand that.

Me ÉDOUARD BAUDRY

I think we all . . .

THE COURT

I think that is one of the reasons, if not the major reason, why we’re here.

49

Further, according to endnote 5 of the judgment of the Federal Court of Appeal, counsel for both parties conceded on the appeal that it was “unlikely that the respondent’s *in rem* rights could subsist in one form or another under Belgian bankruptcy laws” (emphasis added).

Dans un affidavit daté du 5 juin 1996 et produit dans le cadre de la présente action, l’appelant De Roy a déclaré que le droit belge [TRADUCTION] « empêche la saisie des biens du débiteur par les créanciers afin de permettre l’exécution des créances prioritaires ou privilégiées » (par. 26). Monsieur De Roy a en outre déclaré que le droit maritime belge [TRADUCTION] « accorde des priorités particulières à certains types de réclamation » (par. 42), mais il a refusé de dire si la réclamation de Holt et d’autres titulaires de privilège maritime faisait partie de ces réclamations prioritaires. Lors de l’audience devant le juge Guthrie du tribunal de faillite canadien, M^e Édouard Baudry, avocat expérimenté en droit maritime, plaidant pour l’intervenante SNCI qui appuyait les syndics appelants, a déclaré que les avocats s’entendaient pour dire que Holt serait probablement désavantagée si elle devait présenter sa réclamation en Belgique :

[TRADUCTION] M^e ÉDOUARD BAUDRY

J’ajouterais cependant, comme mon collègue ne manquera pas de vous le dire, que la possibilité qu’un privilège maritime américain soit reconnu par le tribunal belge est . . .

LA COUR

Qu’il soit maintenu par le tribunal d’Anvers, est plus mince qu’elle ne l’est ici?

Me ÉDOUARD BAUDRY

. . . beaucoup plus mince qu’ici.

LA COUR

Je peux comprendre cela.

Me ÉDOUARD BAUDRY

Je pense que nous sommes tous . . .

LA COUR

Je pense que c’est l’une des raisons, sinon la raison principale, de notre présence ici.

En outre, selon la cinquième note de renvoi du jugement de la Cour d’appel fédérale, les avocats des deux parties ont admis en appel qu’il était « peu probable que les droits *in rem* de l’intimée puissent subsister sous une forme ou une autre sous le régime des lois belges sur la faillite » (je souligne).

While the onus was on the appellant Trustees to establish the grounds for a stay of proceedings, it was up to Holt to prove Belgian law if Holt wished to rely on any difference between the expected treatment of its claim under Belgian law as opposed to Canadian law. The trial judge noted the absence of evidence on this point. However, as the parties were apparently in agreement that Belgian law would not recognize Holt's maritime lien both before Guthrie J. in the Canadian bankruptcy court, and subsequently in the present case before the Federal Court of Appeal, I do not think we should interfere with the Federal Court of Appeal on this factual point. As Guthrie J. pointed out, the reason "we're here" is that Holt's claim enjoys a juridical advantage in the Federal Court of Canada that it would not command in the Belgian bankruptcy court.

3. Did the Federal Court Err in Treating Holt as a "Secured Creditor" as that Term is Understood in Canadian Bankruptcy Law?

Canadian bankruptcy law takes an expansive view of who is a secured creditor, as confirmed by the relevant provisions in the Act. If Antwerp Bulkcarriers, N.V. had declared bankruptcy in Canada, there is no doubt that Holt would be considered "a person holding a . . . lien . . . against the property of the debtor . . . as security for a debt due" within the definition of "secured creditor" in s. 2 of the Act. Once the Federal Court had determined as a matter of Canadian maritime law that Holt's claim was secured by a maritime lien on the Ship itself, the bankruptcy court would be bound by that determination: *Riordon Co. v. Danforth Co.*, [1923] S.C.R. 319.

If this were a Canadian bankruptcy, Holt would have been entitled to realize on its security irrespective of the bankruptcy. As Gonthier J. said in *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 9, "the entire scheme of distribution is '[s]ubject to the rights of secured creditors'". The opening words of s. 136

Même s'il incombait aux syndics appelants d'établir les motifs justifiant une suspension des procédures, il appartenait à Holt de faire la preuve du droit belge si elle souhaitait invoquer une différence quant à la façon dont le droit belge et le droit canadien traiteraient sa réclamation. Le juge de première instance a souligné l'absence d'élément de preuve sur ce point. Cependant, comme les parties paraissent avoir convenu, devant le juge Guthrie du tribunal de faillite canadien et ensuite devant la Cour d'appel fédérale, que le droit belge ne reconnaîtrait pas le privilège maritime de Holt, j'estime que nous ne devrions pas modifier la décision de la Cour d'appel fédérale sur cette question de fait. Comme le juge Guthrie l'a fait remarquer, la raison [TRADUCTION] « de notre présence ici » est que la réclamation de Holt bénéficie devant la Cour fédérale du Canada d'un avantage juridique dont elle ne bénéficierait pas devant le tribunal de faillite belge.

3. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en traitant Holt comme un « créancier garanti » selon l'interprétation de cette expression en droit canadien de la faillite?

Le droit canadien de la faillite a une conception large du créancier garanti, comme le confirment les dispositions pertinentes de la Loi. Si Antwerp Bulkcarriers, N.V. avait fait faillite au Canada, nul doute que Holt aurait été considérée comme une « [p]ersonne détenant [. . .] un privilège sur [. . .] les biens du débiteur [. . .] à titre de garantie d'une dette échue », selon la définition de « créancier garanti » figurant à l'art. 2 de la Loi. Une fois que la Cour fédérale avait décidé que la réclamation de Holt était, en droit maritime canadien, garantie par un privilège maritime sur le navire lui-même, le tribunal de faillite était lié par cette décision : *Riordon Co. c. Danforth Co.*, [1923] R.C.S. 319.

Si la faillite était survenue au Canada, Holt aurait eu le droit de réaliser sa garantie indépendamment de la faillite. Comme le juge Gonthier l'a affirmé dans *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 9, « l'ensemble du plan de répartition est appliqué "[s]ous réserve des droits des créanciers garantis" ».

(under the heading “Scheme of Distribution”) establish the priority of claims against the bankrupt’s estate subject always “to the rights of secured creditors”. L. W. Houlden and G. B. Morawetz state that “[t]he policy of the Act in the case of bankruptcy is not to interfere with secured creditors except in so far as may be necessary to protect the estate as to any surplus on the assets covered by the security” (*The 2001 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (2000), at p. 346). See also: L. M. LoPucki, “Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach” (1999), 84 *Cornell L. Rev.* 696.

Le préambule de l’art. 136 (sous la rubrique « Plan de répartition ») établit l’ordre de priorité des créances grevant l’actif du failli, toujours sous réserve « des droits des créanciers garantis ». Selon L. W. Houlden et G. B. Morawetz, [TRADUCTION] « [l]a politique de la loi en matière de faillite est de ne pas faire obstacle aux créanciers garantis sauf dans la mesure où il peut être nécessaire de protéger l’actif quant à tout excédent sur les biens affectés à la garantie » (*The 2001 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (2000), p. 346). Voir également : L. M. LoPucki, « Cooperation in International Bankruptcy : A Post-Universalist Approach » (1999), 84 *Cornell L. Rev.* 696.

53

I appreciate, of course, that “universalism” will not work if every jurisdiction only defers to the law of the primary bankruptcy where that law coincides precisely with the domestic law of the deferring court. The fact remains, however, that Canadian public policy, expressed through the Act, strongly supports the rights of claimants whom we would regard as secured creditors. Our law considers it in the interests of commercial activity generally that secured rights be protected. It seems to me that MacKay J. correctly regarded Holt as a “secured creditor” in bankruptcy terms, and in the exercise of his discretion under s. 50 of the *Federal Court Act*, he was entirely justified in putting considerable weight on that factor.

Certes, j’estime que « l’universalisme » ne fonctionnera pas si un tribunal s’en remet au droit en vigueur dans le ressort où survient la faillite principale uniquement lorsque ce droit coïncide exactement avec le droit en vigueur dans le ressort où est situé le tribunal en question. Il reste cependant que la politique générale du Canada, énoncée dans la Loi, est très favorable aux droits des réclamants que nous considérerions comme des créanciers garantis. Notre droit considère qu’il est généralement dans l’intérêt de l’activité commerciale que les droits garantis soient protégés. Il me semble que le juge MacKay a eu raison de considérer Holt comme un « créancier garanti » en matière de faillite. Ainsi, lorsqu’il a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui conférait l’art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le juge MacKay était tout à fait justifié d’accorder une importance considérable à ce facteur.

4. Did the Belgian Bankruptcy of April 5, 1996 Give the Belgian Trustees a Valid Claim to the Ship?

4. La faillite survenue en Belgique le 5 avril 1996 a-t-elle conféré aux syndics belges un droit de réclamation valide à l’égard du navire?

54

Under the Belgian bankruptcy court’s order of April 5, 1996, the Trustees were given the duty and power to take possession of the assets of the bankrupt wherever located. At that stage, the Ship was no longer in the possession of the bankrupt ship-owner. It was in the possession of the Marshal of the Federal Court at Halifax and subject to further orders of that court.

En vertu de l’ordonnance du tribunal de faillite belge datée du 5 avril 1996, les syndics se sont vu attribuer l’obligation et le pouvoir de prendre possession des éléments d’actif de la faillie où qu’ils soient. Dès lors, le navire n’était plus en la possession de son propriétaire failli. Il était en la possession du prévôt de la Cour fédérale à Halifax et était assujéti à d’autres ordonnances de ce tribunal.

In Canada, the bankruptcy order pronounced by the court of the domicile operated as an assignment by operation of law of the moveable assets of the bankrupt shipowner located in Canada, including its interest in the M/V “Brussel”, but this assignment is subject to any prior charges upon it recognized by Canadian law (J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws* (4th ed. 1997), at pp. 564-65).

In this respect, our conflict of laws rule is the same as the English rule set out by the editors of *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (13th ed. 2000), vol. 2, at p. 1184:

The general principle of English law is that bankruptcy, or any proceeding in the nature of bankruptcy, in a foreign country whose courts have jurisdiction over a debtor operates as an assignment to the trustee, assignees, curators, syndics or others, who under the law of that country are entitled to administer his property, of all his movables in England, if that is its effect under the foreign law.

See also I. F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law* (1999), at pp. 61-62.

As in Canada, the assignment by operation of law of the debtor’s property is subject to a number of limitations, one of which as noted is that the property passes subject to existing charges recognized under English law:

The property in England passes subject to any existing charges upon it recognised by the law of England, even if these charges would be postponed under the law of the place of bankruptcy to the claim of the creditors, and even if under the English bankruptcy the charges would be defeated by the title of the trustee in bankruptcy.

(*Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, *supra*, at pp. 1184-85)

An illustration of the proposition that the trustee cannot obtain more of an interest than it was in the power of the debtor to assign is in *Galbraith v. Grimshaw*, [1910] A.C. 508 (H.L.). In that case, creditors had obtained judgment in Scotland against a Scottish company and, having had the judgment extended to England, served a garnishee order

Au Canada, l’ordonnance de faillite délivrée par le tribunal du domicile a eu l’effet d’une cession légale des biens meubles du propriétaire failli du navire qui sont situés au Canada, y compris son droit sur le N/M « Brussel », mais cette cession est faite sous réserve de toutes charges antérieures qui peuvent grever les biens en vertu du droit canadien (J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws* (4^e éd. 1997), p. 564-565).

À cet égard, notre règle de conflit des lois est identique à la règle anglaise énoncée par les éditeurs de *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (13^e éd. 2000), vol. 2, p. 1184 :

[TRADUCTION] Le principe général du droit anglais veut que la faillite ou toute autre procédure de même nature, survenue dans un pays étranger où les tribunaux ont compétence à l’égard d’un débiteur, agisse comme une cession de tous ses biens meubles situés en Angleterre, en faveur du syndic, des cessionnaires, des curateurs ou des autres personnes qui, suivant le droit en vigueur dans ce pays, ont le droit d’administrer ses biens, si c’est là l’effet du droit étranger.

Voir également I. F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law* (1999), p. 61-62.

Comme c’est le cas au Canada, la cession légale des biens du débiteur est sujette à certaines restrictions dont l’une, comme nous l’avons vu, veut que les biens soient transmis sous réserve des charges existantes reconnues par le droit anglais :

[TRADUCTION] Les biens situés en Angleterre sont transmis sous réserve de toute charge qui les greève en vertu du droit anglais, même si cette charge était subordonnée, en vertu de la loi du lieu de la faillite, à la réclamation des créanciers, et même si en vertu de la faillite anglaise, elle était annulée par le titre du syndic de faillite.

(*Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 1184-1185)

On trouve, dans l’arrêt *Galbraith c. Grimshaw*, [1910] A.C. 508 (H.L.), un exemple de la proposition selon laquelle le syndic ne peut obtenir plus de droits que ceux qui pouvaient être cédés par le débiteur. Dans cette affaire, les créanciers avaient eu gain de cause en Écosse contre une société écossaise et, après avoir obtenu que le jugement soit

on an English firm that was indebted to the Scottish debtor. Two weeks later, the Scottish debtor became bankrupt. The trustee sought to take possession of the garnisheed debt, but was refused by the House of Lords on the principle that the trustee “could not have it unless the bankrupt could himself have assigned it” (p. 511). Accordingly, the trustee was not entitled to receive the debt free of the garnishee order “because the bankrupt could only have assigned it on November 12, subject to the garnishee order” (p. 511). In *Anantapadmanabhaswami v. Official Receiver of Secunderabad*, [1933] A.C. 394, the Privy Council extended the *Galbraith* analysis to debts that were the subject of collection proceedings in progress provided that at the date of the bankruptcy the bankrupt could not have assigned the debt clear of the plaintiff’s claim.

exécutoire en Angleterre, ils avaient signifié une ordonnance de saisie-arrêt à une entreprise anglaise endettée envers le débiteur écossais. Deux semaines plus tard, le débiteur écossais faisait faillite. Le syndic a cherché à prendre possession de la créance saisie, mais s’est heurté au refus de la Chambre des lords qui s’est fondée sur le principe selon lequel le syndic [TRADUCTION] « ne pourrait l’obtenir que si le failli lui-même avait pu la céder » (p. 511). En conséquence, le syndic n’avait pas le droit d’obtenir la créance exempte de l’ordonnance de saisie-arrêt [TRADUCTION] « parce que le failli n’aurait pu la céder que le 12 novembre, sous réserve de l’ordonnance de saisie-arrêt » (p. 511). Dans *Anantapadmanabhaswami c. Official Receiver of Secunderabad*, [1933] A.C. 394, le Conseil privé a étendu l’analyse faite dans *Galbraith* aux créances qui faisaient l’objet d’une procédure de recouvrement pourvu que, à la date de la faillite, le failli n’ait pas été en mesure de céder la créance exempte de la réclamation du demandeur.

58 While such a rule may be modified by statute, it has not been so modified in Canada in any way relevant to the question of the foreign bankruptcy before us.

59 I conclude therefore that on April 5, 1996, the Belgian Trustees acquired under Canadian law the interest of the bankrupt shipowner in the M/V “Brussel” but that its interest was and remained subject to the prior claim of the secured creditors, including the maritime lienholders, who were seeking relief in the Federal Court, Trial Division.

5. Did the Federal Court of Canada Lose Jurisdiction to Proceed as a Result of the Various Orders of the Quebec Superior Court Sitting in Bankruptcy?

60 The Trustees argue that once the Belgian bankruptcy court issued its order on April 5, 1996, or, at the very latest, when the request for assistance was accepted by the Canadian bankruptcy court, the matter before MacKay J. became one of bankruptcy and thus within the *exclusive* jurisdiction of the Canadian bankruptcy court. I have already rejected the Trustees’ notion that once a foreign bankruptcy

Bien qu’une telle règle puisse être modifiée par un texte législatif, elle n’a subi au Canada aucune modification pertinente quant à la question de la faillite étrangère dont nous sommes saisis.

Je conclus donc que, le 5 avril 1996, les syndics belges ont, en vertu du droit canadien, acquis le droit que le propriétaire failli du navire avait sur le N/M « Brussel » mais que ce droit était et demeurerait assujéti à la réclamation antérieure des créanciers garantis, y compris les titulaires du privilège maritime qui cherchaient à obtenir réparation devant la Section de première instance de la Cour fédérale.

5. La Cour fédérale du Canada a-t-elle perdu compétence à la suite des diverses ordonnances délivrées par la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite?

Les syndics font valoir qu’une fois que le tribunal de faillite belge a délivré l’ordonnance sollicitant le concours des tribunaux canadiens le 5 avril 1996 ou, au plus tard, lorsque le tribunal de faillite canadien a accueilli cette requête, l’affaire soumise au juge MacKay est devenue une affaire de faillite relevant de la compétence *exclusive* du tribunal de faillite canadien. J’ai déjà rejeté l’idée des syndics

court is activated it necessarily occupies the field in relation to matters pertaining to the bankrupt in this country. I have also rejected the idea that “international coordination” necessitates the rubber stamping of orders made by the foreign bankruptcy court.

The appellant Trustees nevertheless contend that the Federal Court lost jurisdiction because of the combined operation of s. 183(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and s. 17(6) of the *Federal Court Act*. Section 183(1) reads as follows:

183. (1) The following courts are invested with such jurisdiction at law and in equity as will enable them to exercise original, auxiliary and ancillary jurisdiction in bankruptcy and in other proceedings authorized by this Act during their respective terms, as they are now, or may be hereafter, held, and in vacation and in chambers:

. . .

(b) in the Province of Quebec, the Superior Court;

(The Trustees commenced their proceedings in Montreal, Quebec, because that was the place of business of the shipowner’s agents in Canada.)

Section 17(6) of the *Federal Court Act* provides:

17. . . .

(6) Where an Act of Parliament confers jurisdiction in respect of a matter on a court constituted or established by or under a law of a province, the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of the same matter unless the Act expressly confers that jurisdiction on the Court.

The Trustees do not contend that the arrest of the Ship and the adjudication of claims under maritime law are bankruptcy matters. Their position is that the bankruptcy order of the Belgian bankruptcy court, and the follow-up orders of the Canadian bankruptcy court, transformed a maritime matter into one of bankruptcy. The corollary to this argument is that the Federal Court, which has no

que, dès qu’un tribunal de faillite étranger est saisi d’un dossier, il a nécessairement compétence exclusive sur les questions concernant le failli dans notre pays. J’ai également rejeté l’idée que la « coordination internationale » exige l’approbation sans discussion des ordonnances délivrées par le tribunal de faillite étranger.

Les syndics appelants affirment néanmoins que la Cour fédérale a perdu compétence en raison de l’effet conjugué du par. 183(1) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* et du par. 17(6) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le paragraphe 183(1) se lit ainsi :

183. (1) Les tribunaux suivants possèdent la compétence en droit et en équité qui doit leur permettre d’exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d’autres procédures autorisées par la présente loi durant leurs termes respectifs, tels que ces termes sont maintenant ou peuvent par la suite être tenus, pendant une vacance judiciaire et en chambre :

. . .

b) dans la province de Québec, la Cour supérieure;

(Les syndics ont engagé leurs procédures à Montréal (Québec), parce que c’était le lieu d’affaires des représentants du propriétaire du navire au Canada.)

Le paragraphe 17(6) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit ce qui suit :

17. . . .

(6) La Section de première instance n’a pas compétence dans les cas où une loi fédérale donne compétence à un tribunal constitué ou maintenu sous le régime d’une loi provinciale sans prévoir expressément la compétence de la Cour fédérale.

Les syndics ne prétendent pas que la saisie du navire et le règlement des réclamations en vertu du droit maritime sont des questions de faillite. Ils estiment que l’ordonnance de faillite délivrée par le tribunal de faillite belge et les ordonnances complémentaires du tribunal de faillite canadien ont transformé une question de droit maritime en une question de faillite. Cet argument a pour corollaire que

61

62

63

bankruptcy jurisdiction, thereby lost subject-matter jurisdiction in the case.

64

In my view MacKay J. was not exercising original, ancillary or auxiliary jurisdiction in bankruptcy. If he had, he would have been without jurisdiction and it would not be necessary to have recourse to s. 17(6) of the *Federal Court Act*. This is because s. 17(6) presupposes that the Federal Court *would* have jurisdiction but for that subsection. In *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 766, this Court concluded that the Federal Court has jurisdiction only if certain conditions are satisfied, including a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament. There has been no such statutory grant of bankruptcy jurisdiction to the Federal Court.

65

The subject matter of the dispute before MacKay J. was the maritime lien asserted by Holt and the claims of other creditors to security in the Ship. He was dealing with *in rem* claims against the Ship, not *in personam* claims against the shipowner. It was apparent from the SNCI's intervention that its mortgage claim of \$68 million would, if allowed, swallow whatever funds might be left after the claims of the maritime lienholders had been satisfied. There was therefore no realistic possibility of any residual funds to which the Trustees could properly lay claim.

66

The bankruptcy was certainly not irrelevant to the Federal Court proceedings. The Trustees rightly demanded (and were accorded) rights of participation in the proceedings to protect the interest of the bankrupt shipowner. There was a continuing bankruptcy aspect throughout the Federal Court proceedings after April 5, 1996 which MacKay J. acknowledged in his various orders. Nevertheless, having ruled that he would recognize Holt's security interest as a matter of maritime law, and having regard to the priority accorded to secured creditors in the order of the Canadian bankruptcy court dated June

La Cour fédérale, qui n'a pas compétence en matière de faillite, a de ce fait perdu sa compétence *ratione materiae* dans l'affaire.

À mon avis, le juge MacKay n'exerçait pas une juridiction de première instance, auxiliaire ou subordonnée en matière de faillite. Si cela avait été le cas, il n'aurait pas eu compétence et il ne serait pas nécessaire de recourir au par. 17(6) de la *Loi sur la Cour fédérale*, parce que ce paragraphe presuppose que la Cour fédérale *serait* a priori compétente. Dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, p. 766, notre Cour a conclu que la Cour fédérale a compétence seulement si certaines conditions sont remplies, notamment s'il y a attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral. La Cour fédérale ne s'est pas vu attribuer pareille compétence en matière de faillite.

Le litige soumis au juge MacKay concernait le privilège maritime invoqué par Holt ainsi que les réclamations par d'autres créanciers d'une garantie sur le navire. Le juge MacKay était saisi de réclamations *in rem* contre le navire et non pas de réclamations *in personam* contre le propriétaire du navire. Il ressortait de l'intervention de la SNCI que sa créance hypothécaire de 68 000 000 \$ engloutirait, si on y faisait droit, tous les fonds qui pourraient rester après l'acquittement des réclamations des titulaires de privilège maritime. Il n'y avait donc aucune possibilité réaliste qu'il reste des fonds auxquels les syndicats pourraient régulièrement prétendre.

La faillite n'était certainement pas dépourvue de pertinence dans le cadre des procédures engagées devant la Cour fédérale. Les syndicats ont à bon droit demandé (et obtenu) le droit de participer aux procédures afin de protéger les intérêts du propriétaire failli du navire. Après le 5 avril 1996, les procédures devant la Cour fédérale ont comporté un aspect « faillite » dont le juge MacKay a tenu compte dans ses diverses ordonnances. Néanmoins, après avoir décidé de reconnaître la garantie de Holt sur le plan du droit maritime et avoir tenu compte de la priorité accordée aux créanciers garantis dans l'ordonnance

28, 1996, he rightly concluded that there was no jurisdictional barrier to the Federal Court continuing to adjudicate Holt's *in rem* action against the Ship.

6. Even If the Federal Court Retained Jurisdiction, Ought It Nevertheless to Have Deferred to the Belgian Bankruptcy Court on the Basis of "International Comity" and the Need for an Integrated "Universalist" Approach to the Bankruptcy?

I should first of all address the issue of "international comity" as it pertains to the present appeal and then move on to consider some of the more specific approaches that have been devised to solve problems arising from international bankruptcies. I will then outline what I believe is the preferred approach in cases of this kind.

(a) *The Role of International Comity*

In *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, Dickson J. (as he then was) commented at p. 401 that "the courts of one jurisdiction will give effect to the laws and judicial decisions of another jurisdiction, not as a matter of obligation but out of mutual deference and respect".

Subsequently, in *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278, at p. 283, Estey J. accepted as accurate the following definition of international comity:

"Comity" in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws: *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), at pp. 163-64.

The Canadian bankruptcy court in this case did not have a monopoly in the determination of what level of "deference and respect" was owed to the Belgian bankruptcy court. Within its own

tribunal de faillite canadien en date du 28 juin 1996, il a conclu à juste titre qu'aucune entrave juridictionnelle n'empêchait la Cour fédérale de continuer d'instruire l'action *in rem* de Holt contre le navire.

6. Même si la Cour fédérale avait conservé compétence, aurait-elle dû néanmoins s'en remettre au tribunal de faillite belge au nom de la « courtoisie internationale » et en raison de la nécessité d'une approche « universaliste » intégrée en matière de faillite?

Je vais examiner d'abord la question de la « courtoisie internationale » qui s'applique au présent pourvoi. Par la suite, j'analyserai certaines approches plus particulières qui ont été conçues pour régler les problèmes résultant des faillites internationales. Je vais enfin exposer l'approche qui, selon moi, doit être privilégiée en pareils cas.

a) *Le rôle de la courtoisie internationale*

Dans l'arrêt *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, p. 401, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) affirme que « les tribunaux d'un ressort donneront effet aux lois et aux décisions judiciaires d'un autre, non parce qu'ils y sont tenus, mais par déférence et respect mutuels ».

Subséquentement, dans l'arrêt *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278, p. 283, le juge Estey reconnaît la justesse de la définition suivante de la courtoisie internationale :

[TRADUCTION] La « courtoisie » au sens juridique n'est ni une question d'obligation absolue d'une part ni de simple politesse et bonne volonté de l'autre. Mais c'est la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois : *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), aux pp. 163 et 164.

En l'espèce, le tribunal de faillite canadien n'avait pas le monopole pour ce qui était de décider quelle mesure « de déférence et de respect » était due au tribunal de faillite belge. Certes, il pouvait

67

68

69

70

bankruptcy jurisdiction, of course, it could and did make that determination. Insofar as Holt's claim was "integrally connected to maritime matters", it lay within the jurisdiction of the Federal Court (*Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 73) and it was for that court to decide whether to defer to the Belgian bankruptcy court "having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws".

prendre cette décision en vertu de sa propre compétence en matière de faillite, et il l'a fait. Dans la mesure où la réclamation de Holt était « entièrement liée aux affaires maritimes », elle relevait de la compétence de la Cour fédérale (*Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 73) et il appartenait à cette cour de décider si elle devait s'en remettre au tribunal de faillite belge « compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois ».

71 In *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, the Court expanded on the definition of international comity by noting that the twin objectives sought by private international law in general and the doctrine of international comity in particular were order and fairness. This was reiterated in *Hunt v. T&N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289, at p. 325, and again in *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1058, where the Court gave pre-eminence to the objective of order:

Dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, la Cour a élargi la définition de la courtoisie internationale en soulignant que le droit international privé, en général, et la règle de la courtoisie internationale, en particulier, poursuivaient un double objectif d'ordre et d'équité. Cela a été réitéré dans l'arrêt *Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 325, et de nouveau dans l'arrêt *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1058, où la Cour a donné préséance à l'ordre :

While, no doubt, as was observed in *Morguard*, the underlying principles of private international law are order and fairness, order comes first. Order is a precondition to justice.

S'il ne fait aucun doute, ainsi qu'il a été souligné dans l'arrêt *Morguard*, que l'ordre et l'équité sont les principes fondamentaux du droit international privé, l'ordre vient en premier. L'ordre est une condition préalable de la justice.

72 It has been, of course, the objective of international maritime law for centuries to create conditions of order and fairness for those engaged in maritime commerce.

Bien sûr, le droit maritime international vise, depuis des siècles, à créer un climat d'ordre et d'équité pour ceux qui se livrent au commerce maritime.

(b) *The "Universalist" Approach*

b) *L'approche « universaliste »*

73 The Trustees argue that to achieve the twin objectives of order and fairness in an international insolvency, it is necessary to adopt the "universalist" approach because in fairness "the claims of creditors can be finally determined only by the court of the debtor's domicile in accordance with the law of that place" (Castel, *supra*, at p. 553). They advocate a "close networking between courts on an international level" (factum, at para. 36).

Les syndic allèguent que, pour réaliser ce double objectif d'ordre et d'équité en matière d'insolvabilité internationale, il est nécessaire d'adopter l'approche « universaliste » parce qu'en toute équité [TRADUCTION] « les réclamations des créanciers ne peuvent être définitivement réglées que par le tribunal du domicile du débiteur conformément au droit en vigueur à cet endroit » (Castel, *op. cit.*, p. 553). Ils préconisent [TRADUCTION] « l'établissement entre les tribunaux d'un réseau serré d'entraide internationale » (mémoire, par. 36).

In the case at bar the debtor's domicile was Belgium, and the Trustees contend that the Federal Court erred in not requiring Holt and the other secured creditors to pursue their claims in that country. The Trustees also argue that as the Quebec Superior Court decided to come to the aid of the Belgian bankruptcy court, the Federal Court ought, as a matter of "domestic" comity, to have deferred to that decision.

There is much to be said for the proposition that primary insolvency proceedings having been instituted in Belgium, other jurisdictions where the bankrupt possessed assets should cooperate to the extent permitted by their respective laws with the Belgian courts. The need for such international cooperation in bankruptcy and insolvency has been evident for a very long time, though the ever-continuing ascendancy of multi-national enterprises and acceleration towards a global economy have made the underlying problems more acute. As long ago as 1883, in the case of *Canada Southern Railway Co. v. Gebhard*, 109 U.S. 527 (1883), the United States Supreme Court said, at p. 539:

Unless all parties in interest, wherever they reside, can be bound by the arrangement which it is sought to have legalized the scheme may fail. All home creditors can be bound. What is needed is to bind those who are abroad. Under these circumstances the true spirit of international comity requires that schemes of this character, legalized at home, should be recognized in other countries.

The essence of the universalist approach advocated by the Trustees is that there ought to be a primary bankruptcy proceeding, title to assets locally situated should be vested in the foreign representative of the bankrupt estate, creditors should not be permitted to realize on a foreign debtor's assets in the local courts outside the framework of the primary bankruptcy, and orders made in foreign bankruptcy proceedings should be recognized and enforced elsewhere.

Professor J. S. Ziegel contrasts the "universalist" approach to the "territorialist" approach, ear-

En l'espèce, le débiteur était domicilié en Belgique, et les syndics soutiennent que la Cour fédérale a commis une erreur en n'exigeant pas que Holt et les autres créanciers garantis déposent leurs réclamations dans ce pays. Les syndics font également valoir que, puisque la Cour supérieure du Québec avait décidé de prêter son concours au tribunal de faillite belge, la Cour fédérale devait, par courtoisie « nationale », s'en remettre à cette décision.

Il y a beaucoup à dire au sujet de la proposition selon laquelle, étant donné que les procédures principales d'insolvabilité ont été engagées en Belgique, les autres ressorts où la faillie possède des éléments d'actif devraient coopérer avec les tribunaux belges dans la mesure permise par leurs lois respectives. La nécessité d'une telle coopération internationale en matière de faillite et d'insolvabilité se fait sentir depuis fort longtemps, même si la montée constante des entreprises multinationales et l'accélération de la mondialisation de l'économie ont accentué les problèmes sous-jacents. Dès 1883, dans l'affaire *Canada Southern Railway Co. c. Gebhard*, 109 U.S. 527 (1883), la Cour suprême des États-Unis affirmait, à la p. 539 :

[TRADUCTION] À moins que toutes les parties en cause, où qu'elles résident, ne puissent être liées par l'entente qu'on cherche à légaliser, l'initiative peut échouer. Tous les créanciers du pays peuvent être liés. Ce qu'il faut, c'est lier ceux qui sont à l'étranger. Dans ces circonstances, l'esprit véritable de la courtoisie internationale commande que des initiatives de cette nature, légalisées au pays, soient reconnues dans d'autres pays.

L'approche universaliste préconisée par les syndics veut essentiellement qu'il y ait des procédures principales en matière de faillite, que le titre de propriété des biens situés sur place soit dévolu au représentant étranger de l'actif du failli, que les créanciers ne soient pas autorisés à réaliser les biens d'un débiteur étranger devant les tribunaux locaux en dehors du cadre de la faillite principale, et que les ordonnances délivrées dans le cadre de procédures de faillite à l'étranger soient reconnues et mises à exécution ailleurs.

Le professeur J. S. Ziegel oppose l'approche « universaliste » à l'approche « territorialiste »,

74

75

76

77

lier referred to as the “Grab Rule”, and concludes that most jurisdictions exhibit elements of both approaches:

International insolvency jurists have long classified countries and their conflict of laws rules according to their willingness to recognize and give effect to foreign insolvency orders and judgments. Those regimes that are hospitable to extending such recognition are labelled universalist; those that deny such recognition are classified as territorialist. Common law countries are often described as belonging among the universalist families, while civil law systems are believed to be territorialist.

However, the pigeonholing is misleading. Common law countries differ as widely in their international insolvency rules as do civil law jurisdictions. On closer examination it will be found that some of the jurisdictions that claim to be universalist only practise a very diluted form of universalism while countries labelled as territorialist in fact extend varying measures of recognition to foreign insolvency orders and foreign insolvency representatives.

(“Ships at Sea, International Insolvencies, and Divided Courts” (1998), 50 C.B.R. (3d) 310. See also *In re Treco, supra*, and Castel, *supra*, at pp. 553-54.)

78

Traditionally, only some of the key components of the universalist approach have been reflected in Canadian law. While our courts generally favour a process of universal distribution and recognize a foreign trustee’s title to property, they also permit concurrent bankruptcies and protect the vested rights of what we regard as secured creditors under Canadian law. With respect to the latter, the usual Canadian position has been that a foreign trustee in bankruptcy should have no higher claim on the secured assets of a bankrupt than if the bankruptcy had occurred here. In a true universalist system the question of encumbrances would be settled by the law of the place of the bankruptcy (which may, as in this case, produce a result contrary to Canadian maritime law).

79

Further, Canadian law has always recognized that initiation of foreign bankruptcy proceedings

désignée plus haut comme étant la « règle de l’appropriation », et conclut que des éléments des deux approches se retrouvent dans la plupart des ressorts :

[TRADUCTION] Les juristes spécialisés en insolvabilité internationale classent depuis longtemps les pays et leurs règles de conflit des lois en fonction de leur volonté de reconnaître et de mettre à exécution les ordonnances et les jugements en matière d’insolvabilité rendus à l’étranger. Les régimes qui sont favorables à cette reconnaissance sont dits universalistes, et ceux qui sont contre sont dits territorialistes. Les pays de common law sont souvent considérés comme faisant partie de la famille des universalistes, alors que les régimes de droit civil ont la réputation d’être territorialistes.

Toutefois, cette catégorisation est trompeuse. Les pays de common law se distinguent autant entre eux par leurs règles d’insolvabilité internationale que le font les pays de droit civil. Un examen plus attentif montrera que certains pays qui se disent universalistes ne pratiquent qu’une forme très diluée d’universalisme alors que les pays dits territorialistes reconnaissent plus ou moins les ordonnances en matière d’insolvabilité délivrées à l’étranger et les représentants étrangers en la matière.

(« Ships at Sea, International Insolvencies, and Divided Courts » (1998), 50 C.B.R. (3d) 310. Voir aussi *In re Treco*, précité, et Castel, *op. cit.*, p. 553-554.)

Traditionnellement, seuls quelques éléments-clés de l’approche universaliste ont marqué le droit canadien. Bien que nos tribunaux favorisent généralement une procédure de répartition universelle et reconnaissent le titre de propriété d’un syndic étranger, ils permettent également les faillites concomitantes et protègent les droits acquis de ce que nous considérons comme des créanciers garantis en droit canadien. Dans ce dernier cas, on estime habituellement au Canada qu’un syndic de faillite étranger ne doit pas avoir plus de droits sur les éléments d’actif garantis d’un failli que si la faillite était survenue dans notre pays. Dans un véritable régime universaliste, la question des charges serait réglée par la loi du lieu de la faillite (ce qui peut, comme en l’espèce, entraîner un résultat contraire au droit maritime canadien).

En outre, le droit canadien a toujours reconnu que l’engagement de procédures de faillite à

does not prevent concurrent insolvency proceedings in Canada: see Castel, *supra*, at p. 565; *Allen v. Hanson* (1890), 18 S.C.R. 667; *Re Breakwater Co.* (1914), 33 O.L.R. 65 (H.C.), and *Re E. H. Clarke & Co.*, [1923] 1 D.L.R. 716 (Ont. S.C.). The existence of two sets of proceedings obviously raises the spectre of conflicting decisions or approaches, although as noted in 1890 by Ritchie C.J. of this Court in *Allen, supra*, at p. 674, it is “the duty of the courts of both countries to see no conflict should arise”. Conflict avoidance can take many forms, including dismissing or staying Canadian proceedings. Section 43(7) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* permits the court to dismiss a petition if it has “sufficient cause”. This requirement may be satisfied if the debtor has been declared bankrupt elsewhere. In fact, the courts have stayed liquidation proceedings where bankruptcy proceedings are on foot in a foreign jurisdiction: *Re Stewart & Matthews, Ltd. and The Winding-Up Act* (1916), 10 W.W.R. 154 (Man. K.B.). Similarly, in an appropriate case, the Federal Court can avoid conflict by staying its proceedings pursuant to s. 50 of the *Federal Court Act*.

In short, Canada has adhered to a middle position (dignified by the name “plurality approach”) which recognizes that different jurisdictions may have a legitimate and concurrent interest in the conduct of an international bankruptcy, and that the interests asserted in Canadian courts may, but not necessarily must, be subordinated in a particular case to a foreign bankruptcy regime. The general approach reflects a desire for coordination rather than subordination, with deference being accorded only after due consideration of all the relevant circumstances rather than automatically accorded because of an abstract “universalist” principle. As pointed out by Professor Castel, *supra*, at pp. 554-55:

Under the doctrine of plurality which prevails in Canada, each country has the right, if it deems it advisable, to allow bankruptcy proceedings to begin in its territory by virtue of its bankruptcy law. The court applies its

l'étranger n'empêche pas l'engagement de procédures d'insolvabilité concomitantes au Canada : voir Castel, *op. cit.*, p. 565; *Allen c. Hanson* (1890), 18 R.C.S. 667; *Re Breakwater Co.* (1914), 33 O.L.R. 65 (H.C.), et *Re E. H. Clarke & Co.*, [1923] 1 D.L.R. 716 (C.S. Ont.). L'existence de deux séries de procédures fait naître manifestement le spectre de décisions ou d'approches contradictoires même si, comme le faisait remarquer, en 1890, le juge en chef Ritchie de notre Cour dans l'arrêt *Allen*, précité, p. 674, [TRADUCTION] « les tribunaux des deux pays [sont] tenus de veiller à ce qu'aucun conflit ne survienne ». Les conflits peuvent être évités de plusieurs façons, notamment par le rejet ou la suspension des procédures au Canada. Le paragraphe 43(7) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* autorise le tribunal à rejeter une pétition pour une « cause suffisante ». Cette condition peut être remplie si le débiteur a été mis en faillite ailleurs. En fait, les tribunaux ont suspendu des procédures de liquidation au moment où des procédures de faillite étaient en cours dans un ressort étranger : *Re Stewart & Matthews, Ltd. and The Winding-Up Act* (1916), 10 W.W.R. 154 (B.R. Man.). De même, lorsqu'une affaire s'y prête, la Cour fédérale peut éviter un conflit en suspendant ses procédures conformément à l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Bref, le Canada a adopté un point de vue intermédiaire (qualifié d'« approche pluraliste ») qui consiste à admettre que différents ressorts peuvent avoir un intérêt légitime et concomitant dans le déroulement d'une faillite internationale, et que les droits réclamés devant les tribunaux canadiens peuvent mais ne doivent pas nécessairement être subordonnés à un régime de faillite étranger dans un cas particulier. Cette approche générale témoigne d'un désir de coordination plutôt que de subordination, où l'on ne fait preuve de déférence qu'après avoir bien examiné toutes les circonstances pertinentes, et non pas automatiquement en fonction d'un principe « universaliste » abstrait. Comme l'a souligné le professeur Castel, *op. cit.*, p. 554-555 :

[TRADUCTION] Selon la règle de la pluralité appliquée au Canada, chaque pays a le droit, s'il le juge utile, de permettre que des procédures de faillite soient engagées sur son territoire sous le régime de sa loi

own substantive law. Thus, bankruptcies may be initiated in a number of countries with respect to the same debtor. In Canada, this rigid doctrine is partially tempered by close cooperation with foreign courts.

81 The question is whether, as argued by the appellant Trustees, this orientation in Canada ought now to be changed to a more “universalist” approach.

(c) *The 1997 Amendments to the Act*

82 In April 1997 Parliament enacted Part XIII of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, entitled “International Insolvencies”. It applies only to bankruptcy proceedings initiated after September 30, 1997, and thus has no direct application here. Nevertheless, it is worth noting that Parliament has continued the diluted universalism (or “plurality approach”) adopted by Canadian courts under the common law. There is now, under Part XIII, specific authority to come to the aid of foreign courts and “foreign representatives” in the administration and adjudication of insolvencies that have international dimensions. There is also authority for Canadian courts, under s. 271(1), to request “the aid and assistance of a court, tribunal or other authority in a foreign proceeding”. The objective of these provisions is to facilitate the coordination of foreign and domestic insolvency proceedings. Nevertheless, there is no rule requiring Canadian courts to refrain from entertaining concurrent proceedings. On the contrary, concurrent proceedings are anticipated as Canadian courts are given authority under s. 268(3) to make orders that will result in a *coordination* of domestic and foreign proceedings, not the *elimination* of one in preference to the other. By authorizing a Canadian court under subs. (2) to limit the domestic trustee’s authority to property situated in Canada, Parliament obviously anticipated that in certain cases a territorialist approach would be acceptable. The amendments provide specifically that a court is not compelled to enforce any order made by a foreign court: s. 268(6).

sur la faillite. Le tribunal applique ses propres règles de fond. Ainsi, des procédures de faillite peuvent être engagées dans plusieurs pays à l’égard du même débiteur. Au Canada, cette règle rigide est partiellement tempérée par une étroite collaboration avec les tribunaux étrangers.

La question est de savoir si cette orientation canadienne doit maintenant céder le pas à une approche plus « universaliste », comme l’ont fait valoir les syndics appelants.

c) *Les modifications apportées à la Loi en 1997*

En avril 1997, le législateur a adopté la partie XIII de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, intitulée « Insolvabilité en contexte international ». Cette partie ne s’applique qu’aux procédures de faillite engagées après le 30 septembre 1997 et n’a donc aucun impact direct en l’espèce. Il importe néanmoins de souligner que le législateur a maintenu l’universalisme dilué (ou « approche pluraliste ») adopté par les tribunaux canadiens sous le régime de la common law. Il existe désormais, en vertu de la partie XIII, une autorisation particulière de prêter concours aux tribunaux étrangers et aux « représentants étrangers » dans l’administration et le règlement des insolvabilités ayant des dimensions internationales. Les tribunaux canadiens sont également autorisés, en vertu du par. 271(1), à demander « le concours d’une cour, d’un tribunal ou d’une autre autorité à l’étranger ». Ces dispositions ont pour objet de faciliter la coordination des procédures d’insolvabilité engagées à l’étranger et au pays. Néanmoins, aucune règle n’empêche les tribunaux canadiens d’instruire des procédures concomitantes. Au contraire, les procédures concomitantes sont prévues étant donné que le par. 268(3) habilite les tribunaux canadiens à rendre des ordonnances qui entraîneront une *coordination* des procédures engagées au pays et à l’étranger, et non l’*élimination* des unes au profit des autres. En autorisant, au par. (2), le tribunal canadien à limiter le pouvoir du syndic canadien aux biens situés au Canada, le législateur s’attendait visiblement à ce que l’approche territorialiste soit acceptable dans certains cas. Les modifications prévoient spécifiquement qu’un tribunal n’est pas tenu de mettre à exécution les ordonnances délivrées par un tribunal étranger : par. 268(6).

Moreover, s. 269 explicitly denies extraterritorial reach to foreign stay orders. It says that a foreign stay of proceedings “does not apply in respect of creditors who reside or carry on business in Canada with respect to property in Canada unless the stay of proceedings is the result of proceedings taken in Canada”.

It thus appears that Canadian public policy, expressed as recently as 1997 by Parliament, endorses the plurality approach developed over the years by the courts.

(d) *The Preferred Approach*

Given the almost infinite variations in circumstances that can occur in an “international bankruptcy”, the pragmatism of the “plurality” approach continues to recommend itself. International coordination is an important factor, but it is not necessarily a controlling factor.

Where a stay is sought of Canadian proceedings in deference to a foreign bankruptcy court, the Canadian court before which the stay application is made (in this case the Federal Court) ought to be mindful of the difficulties confronting the bankruptcy trustees in the fulfilment of their public mandate to bring order out of financial disorder and the desirability of maximizing the size of the bankrupt estate. These objectives are furthered by minimizing the multiplicity of proceedings, and the attendant costs, and the possibility of inconsistent decisions in relation to the same claims or assets.

Nevertheless, courts must have regard to the need to do justice to the particular litigants who come before them as well as to the public interest in the efficient administration of bankrupt estates. It would be inappropriate to elevate any one consideration to a controlling position in the exercise of a bankruptcy court’s discretion to dismiss a petition under s. 43(7) *or* to stay proceedings under Part XIII of the Act *or* in the Federal Court’s decision to stay proceedings under s. 50 of

De plus, l’art. 269 prévoit explicitement que les ordonnances de suspension des procédures à l’étranger n’ont aucune portée extraterritoriale. Aux termes de ce paragraphe, la suspension des procédures à l’étranger « n’est opposable aux créanciers qui résident ou font affaires au Canada en ce qui touche les biens du débiteur situés au Canada que si elle résulte de procédures intentées au Canada ».

Il appert donc que la politique générale du Canada, énoncée dès 1997 par le législateur, entérine l’approche pluraliste établie au fil des ans par les tribunaux.

d) *L’approche privilégiée*

Vu la variété quasi infinie des circonstances qui peuvent entourer une « faillite internationale », le pragmatisme de l’approche pluraliste continue de s’imposer. La coordination internationale est un facteur important, mais elle ne constitue pas nécessairement un facteur déterminant.

Lorsqu’un tribunal canadien (en l’occurrence la Cour fédérale) est saisi d’une demande de suspension de ses procédures par déférence pour un tribunal de faillite étranger, il doit être conscient des difficultés auxquelles sont confrontés les syndics de faillite dans l’accomplissement de leur mandat public de rétablir l’ordre dans un désordre financier, et de l’intérêt de maximiser la taille de l’actif du failli. Ces objectifs peuvent être atteints en réduisant au minimum la multiplicité des procédures et les coûts qui s’y rattachent, ainsi que la possibilité que les mêmes réclamations ou les mêmes éléments d’actif fassent l’objet de décisions incompatibles.

Toutefois, les tribunaux doivent tenir compte de la nécessité de rendre justice aux parties qui se présentent devant eux, ainsi que de l’intérêt qu’a le public dans l’administration efficace de l’actif du failli. Il ne conviendrait pas qu’une considération soit qualifiée de déterminante par un tribunal de faillite qui exerce son pouvoir discrétionnaire de rejeter une pétition fondée sur le par. 43(7) *ou* de suspendre des procédures en vertu de la partie XIII de la Loi, *ou encore* par la Cour fédérale lorsqu’elle

83

84

85

86

87

the *Federal Court Act*. Discretion should not be thus predetermined. The desirability of international coordination is an important consideration. In some cases, it may be the controlling consideration. The courts nevertheless have to exercise their discretion to stay or not to stay domestic proceedings according to all of the relevant facts of a particular case.

7. In Light of the Foregoing, Did the Federal Court Err in the Exercise of its Discretion to Deny the Trustees' Application for a Stay of Proceedings?

88

The dollars and cents issue in this case should not be obscured entirely by the scholarly debate between universalists, pluralists and territorialists. The Trustees advocate a "universalist" approach because it is in their interest, acting on behalf of all creditors, to take the proceeds of sale of the Ship home to Belgium for distribution according to Belgian law. It is clearly not in the respondent's interest, because it appears that Holt's claim would not enjoy under Belgian law the priority it has under Canadian law. If Holt is obliged to defend variations of the "territorialist" position, it is because it seems that is the only way its claim will be paid in full on a timely basis or perhaps at all.

89

The Federal Court's authority to stay proceedings is found, as noted, in s. 50 of the *Federal Court Act*:

50. (1) The Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

(a) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

The principles on which the discretion should be exercised in this type of case were authoritatively settled in *Amchem, supra*. Sopinka J., speaking

décide de suspendre des procédures en vertu de l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le pouvoir discrétionnaire ne doit pas être ainsi prédéterminé. L'utilité de la coordination internationale est certes une considération importante. Dans certains cas, elle peut être déterminante. Les tribunaux doivent néanmoins exercer leur pouvoir discrétionnaire de suspendre ou de ne pas suspendre les procédures engagées au pays en tenant compte de tous les faits pertinents de l'affaire.

7. À la lumière de ce qui précède, la Cour fédérale a-t-elle commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser la demande de suspension des procédures présentée par les syndicats?

La question monétaire en l'espèce ne doit pas être totalement éclipsée par le débat doctrinal entre les universalistes, les pluralistes et les territorialistes. Les syndicats préconisent une approche « universaliste » parce que, du fait qu'ils agissent pour le compte de tous les créanciers, il est dans leur intérêt de rapatrier en Belgique le produit de la vente du navire pour le répartir conformément au droit belge. Une telle mesure n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'intimée puisqu'il appert que, en droit belge, la réclamation de Holt ne bénéficierait pas de la priorité dont elle bénéficie en droit canadien. Si Holt doit défendre des variantes de l'approche « territorialiste », c'est parce qu'il semble que ce soit la seule façon de voir sa réclamation acquittée en totalité en temps opportun ou peut-être même tout simplement acquittée.

Le pouvoir de la Cour fédérale de suspendre des procédures est, comme nous l'avons vu, conféré par l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* :

50. (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire :

a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;

b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

Les principes qui doivent sous-tendre l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans ce type d'affaire ont été établis péremptoirement dans l'arrêt

for the Court, posed the question at p. 920, “is there a more appropriate jurisdiction based on the relevant factors”, to which he added at p. 921, “the existence of a more appropriate forum must be clearly established to displace the forum selected by the plaintiff” (emphasis in original).

Amchem was a purely private piece of litigation involving product liability claims related to exposure to asbestos. International bankruptcies have a public aspect, because it is in the public interest to facilitate the speedy resolution of the fallout from a financial collapse. This does not change the *Amchem* analysis. It is simply to emphasize an important public aspect of this case that was not present in the *Amchem* fact situation.

The “natural forum” is the one to which the action has the most real and substantial connection (*Amchem*, at pp. 916 and 935). Relevant circumstances include not only issues of public policy (as in this case) but also the potential loss to the plaintiff of a juridical advantage sufficient to work an injustice if the proceedings were stayed, the place or places where the parties carry on their business, the convenience and expense of litigating in one forum or the other, and the discouragement of forum shopping. In short, within the overall framework of public policy, any injustice to the plaintiff in having its action stayed must be weighed against any injustice to the defendant if the action is allowed to proceed. What is required is that these factors be carefully weighed in the balance.

In addressing the issue of a stay, MacKay J. acknowledged the importance of comity and international coordination in a proper case. Having done so, he went on to place primary emphasis on the fact he was dealing with an *in rem* action by secured creditors against a ship which at the time of the bankruptcy the Federal Court had already arrested

Amchem, précité. Le juge Sopinka, s’exprimant au nom de la Cour, s’est demandé, à la p. 920, si « un autre tribunal serai[t] plus approprié, compte tenu des facteurs pertinents », ce à quoi il a ajouté, à la p. 921, qu’« il faut établir clairement qu’un autre tribunal est plus approprié pour que soit écarté celui qu’a choisi le demandeur » (souligné dans l’original).

L’affaire *Amchem* était un litige purement privé où il était question d’actions en responsabilité du fait du produit liées à une exposition à l’amiante. Les faillites internationales comportent un aspect public, car il est dans l’intérêt public de faciliter le règlement rapide des retombées d’un effondrement financier. Cela ne change rien à l’analyse prévue dans l’arrêt *Amchem*. Il s’agit simplement de souligner que la présente affaire comporte un aspect public important, qui était absent dans l’affaire *Amchem*.

Le « ressort logique » est celui avec lequel l’action a le lien le plus réel et le plus important (*Amchem*, précité, p. 916 et 935). Les circonstances pertinentes comprennent non seulement les questions de politique générale (comme en l’espèce) mais également la possibilité que la suspension des procédures fasse perdre au demandeur un avantage juridique à tel point qu’il en résulterait une injustice, le ou les endroits où les parties exploitent leur entreprise, l’avantage de soumettre un litige dans un ressort ou un autre et les frais qui s’y rattachent, et la nécessité de dissuader les parties de rechercher un tribunal favorable. Bref, dans le contexte global d’une politique générale, toute injustice que subirait le demandeur si son action était suspendue doit être appréciée en fonction de toute injustice qui serait causée au défendeur si l’action pouvait suivre son cours. Ces facteurs doivent soigneusement être sou-
pesés.

En examinant la question de la suspension, le juge MacKay a reconnu l’importance de la courtoisie et de la coordination internationale lorsqu’une affaire s’y prête. Il a ensuite insisté principalement sur le fait qu’il était saisi d’une action *in rem* intentée par des créanciers garantis contre un navire dont la Cour fédérale avait déjà ordonné la saisie au moment de

90

91

92

and at the time of the interventions of the Canadian bankruptcy court (June 11 and June 28, 1996) he had already ordered appraised and sold. Moreover, the order dated June 28 had expressly made the interest of the appellant Trustees subject “to the rights, if any, of any creditors with claims secured under the laws of Canada, as by law provided”.

la faillite, et dont il avait déjà ordonné l'évaluation et la vente au moment des interventions du tribunal de faillite canadien (11 juin et 28 juin 1996). En outre, l'ordonnance du 28 juin avait expressément assujéti l'intérêt des syndics appelants aux [TRADUCTION] « droits des créanciers dont les réclamations sont garanties sous le régime des lois du Canada, conformément à la loi ».

93

The appellants' strongest argument is that the dispute is but weakly connected to Canada. This Court, however, in *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"*, [1977] 2 S.C.R. 422, recognized that lack of substantive connections to any particular jurisdiction, including its home port, is a feature of ships engaged in international maritime commerce. In that case, the Court refused to stay proceedings *in rem* in which three Liberian corporations contested in Canada the ownership of a Liberian registered ship. Liberia, of course, is a flag of convenience. Ships registered there may never have occasion to “go home”. In *Antares Shipping*, the only connection to Canada was that the ship was arrested at the suit of one of the Liberian corporations while it was in Canadian waters. Ritchie J., speaking for the majority, recognized that ocean-going ships present a particular problem. At p. 453, he adopted the following observations of Lord Simon, dissenting, in *The Atlantic Star*, [1973] 2 All E.R. 175 (H.L.), at p. 197:

L'argument le plus solide des appelants veut que le litige ne soit que faiblement lié au Canada. Cependant, dans l'arrêt *Antares Shipping Corp. c. Le navire « Capricorn »*, [1977] 2 R.C.S. 422, notre Cour a reconnu que l'absence de lien important avec un ressort particulier, y compris leur port d'attache, est une caractéristique des navires qui servent au commerce maritime international. Dans cette affaire, la Cour a refusé de suspendre les procédures *in rem* dans lesquelles trois sociétés libériennes contestaient au Canada la propriété d'un navire immatriculé au Libéria. Bien entendu, le pavillon du Libéria est un pavillon de complaisance. Les navires qui y sont immatriculés n'auront peut-être jamais l'occasion de « rentrer à la maison ». Dans *Antares Shipping*, le seul lien qui existait avec le Canada était que le navire avait été saisi à la demande d'une des sociétés libériennes, alors qu'il était en eaux canadiennes. Le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la majorité, a reconnu que les navires de haute mer posent un problème particulier. À la page 453, il a fait siennes les observations suivantes de lord Simon, dissident, dans *The Atlantic Star*, [1973] 2 All E.R. 175 (H.L.), p. 197 :

Ships are elusive. The power to arrest in any port and found thereon an action *in rem* is increasingly required with the custom of ships being owned singly and sailing under flags of convenience. A large tanker may by negligent navigation cause extensive damage to beaches or to other shipping: she will take very good care to keep out of the ports of the 'convenient' forum. If the aggrieved party manages to arrest her elsewhere, it will be said forcibly (as the appellants say here): 'The defendant has no sort of connection with the forum except that she was arrested within its jurisdiction.' But that will frequently be the only way of securing justice.

[TRADUCTION] Les navires se dérobent facilement. Le pouvoir de les saisir dans n'importe quel port et d'intenter une action *in rem* est de plus en plus nécessaire, compte tenu de la coutume de la propriété unique des navires et l'usage des pavillons de complaisance. Un grand pétrolier, naviguant avec négligence, peut causer des dommages considérables aux plages ou à d'autres navires; il évitera soigneusement les ports situés dans le ressort d'un tribunal « compétent ». Si la partie lésée parvient à le saisir ailleurs, on opposera énergiquement (comme le font les appelantes en l'espèce) que : « Le défendeur n'a aucun lien avec le tribunal, si ce n'est qu'il a été saisi dans son ressort. » Mais souvent, ce sera la seule façon d'obtenir justice.

Belgium is not a “flag of convenience” like Liberia but the principle remains the same. The “real and substantial connection” test must take into account the special lifestyle of ocean-going freighters.

As to the appellants’ allegation that Holt was engaged in “forum shopping”, the further observations of Lord Simon quoted in *Antares Shipping*, at p. 453, are also apposite:

‘Forum-shopping’ is, indeed, inescapably involved with the concept of maritime lien and the action *in rem*. Every port is automatically an admiralty emporium. This may be very inconvenient to some defendants; but the system has unquestionably proved itself on the whole as an instrument of justice.

With respect to juridical advantage, the trial judge stated that “there simply was no evidence of the comparative status of the plaintiff’s claim under Belgian and Canadian law” (para. 76). On appeal, as mentioned, the Federal Court of Appeal noted that “both parties concede [that it was] unlikely that [Holt’s] *in rem* rights could subsist in one form or another under Belgian bankruptcy laws” (endnote 5). The apparent concession at the hearing before the Federal Court of Appeal only adds to the weight of the arguments earlier accepted by MacKay J. to allow the *in rem* action to proceed.

If, contrary to the concession in the Federal Court of Appeal, we were to assume in the Trustees’ favour that there was no juridical advantage to Holt or other secured creditors in keeping alive the *in rem* action in Canada, it means that there would equally be no advantage to the Trustees in moving the proceedings to Belgium. The same secured creditors would (on that assumption) exhaust the proceeds of the sale of the Ship, but pay the additional penalty of the cost of duplicative proceedings in Belgium. To talk of the benefits of the “universalist” approach to international bankruptcies in such circumstances is illusory.

Le pavillon de la Belgique n’est pas un « pavillon de complaisance » comme l’était le pavillon du Libéria, mais le principe demeure le même. Le critère du « lien réel et important » doit tenir compte du « mode de vie » particulier des cargos.

Quant à l’allégation des appelants selon laquelle Holt était à la « recherche du tribunal le plus favorable », les observations suivantes de lord Simon, citées dans *Antares Shipping*, p. 453, sont également pertinentes :

[TRADUCTION] La « recherche d’un tribunal » est de fait inévitablement liée au concept du privilège maritime et à l’action *in rem*. Chaque port constitue automatiquement un choix possible en matière d’amirauté. Cela peut être très ennuyeux pour certains défendeurs; mais de façon générale, le système sert incontestablement les fins de la justice.

En ce qui a trait à l’avantage juridique, le juge de première instance a dit que « la Cour n’a été saisie d’aucun élément de preuve comparant le statut de la réclamation de la demanderesse en droit belge et en droit canadien » (par. 76). En appel, comme nous l’avons vu, la Cour d’appel fédérale a fait remarquer que les « deux parties admettent [qu’il était] peu probable que les droits *in rem* de [Holt] puissent subsister sous une forme ou une autre sous le régime des lois belges sur la faillite » (note de renvoi 5). Cette concession manifeste lors de l’audience devant la Cour d’appel fédérale ne fait que s’ajouter au poids des arguments précédemment acceptés par le juge MacKay pour autoriser la poursuite de l’action *in rem*.

Si, contrairement à la concession faite devant la Cour d’appel fédérale, nous devons présumer, au profit des syndics, que Holt ou les autres créanciers garantis n’avaient aucun avantage juridique à poursuivre l’action *in rem* au Canada, cela signifierait que les syndics n’auraient également aucun avantage à déplacer les procédures en Belgique. Les mêmes créanciers garantis (selon cette présomption) épuiseraient le produit de la vente du navire, mais devraient assumer les frais additionnels liés à la répétition des mêmes procédures en Belgique. Dans ces circonstances, parler des avantages de l’approche « universaliste » en matière de faillites internationales est illusoire.

94

95

96

97 The trial judge also placed reliance on the convenience to the U.S. creditors of litigating in Canada rather than Belgium. This factor is relevant (*Amchem, supra*, at p. 917) but would not, I think, be of great weight if the appellant Trustees had been able to show that justice required deference to the court of the domicile of the bankrupt.

98 In summary, the trial judge considered the relevant factors in reaching his conclusion that the Federal Court was the appropriate forum to resolve the respondent's claim. He committed no error of principle and did not refuse "to take into consideration a major element for the determination of the case": *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 588; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 77. In the absence of error, we are not entitled to interfere with the exercise of his discretion.

V. Conclusion

99 The appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Brisset Bishop, Montréal.

Solicitors for the respondent: McInnes Cooper & Robertson, Halifax, Nova Scotia.

Le juge de première instance a également souligné qu'il était avantageux pour les créanciers américains d'engager des procédures au Canada plutôt qu'en Belgique. Ce facteur est pertinent (*Amchem, précité*, p. 917), mais je ne pense pas qu'il aurait une grande importance si les syndics appelants avaient pu établir que la justice exigeait de s'en remettre au tribunal du domicile de la faillie.

En résumé, le juge de première instance a tenu compte des facteurs pertinents pour conclure que la Cour fédérale était le tribunal compétent pour régler la réclamation de l'intimée. Il n'a commis aucune erreur de principe et n'a pas refusé « de tenir compte d'un élément prépondérant en l'espèce » : *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 588; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 77. En l'absence d'erreur, nous n'avons pas le droit d'intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

V. Conclusion

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Brisset Bishop, Montréal.

Procureurs de l'intimée : McInnes Cooper & Robertson, Halifax, Nouvelle-Écosse.

Antwerp Bulkcarriers, N.V. Bankrupt

**Thierry Van Doosselaere and
Frans G. A. De Roy, as Trustees in
Bankruptcy of Antwerp Bulkcarriers,
N.V. Appellants**

v.

**Holt Cargo Systems Inc. and Container Appli-
cations International Inc. Respondents**

INDEXED AS: ANTWERP BULK CARRIERS, N.V. (RE)

Neutral citation: 2001 SCC 91.

File No.: 27905.

2001: March 20; 2001: December 20.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Bankruptcy and insolvency — Courts — Jurisdiction — Quebec Superior Court — U.S. creditor bringing maritime law action against Belgian ship in Federal Court — Belgian shipowner subsequently adjudged bankrupt in Belgium — Federal Court action proceeding to default judgment — Superior Court making orders purporting to dispose of ship and proceeds of sale — Whether Superior Court had jurisdiction to pronounce orders intended to neutralize effects of Federal Court judgments.

In late March 1996, the respondent Holt commenced an *in rem* action for the enforcement of a maritime lien against a Belgian ship that had sailed into Canadian waters. The ship was arrested by order of the Federal Court. The ship's owner was subsequently adjudged bankrupt by the Belgian bankruptcy court. The appellant trustees obtained an order of the Quebec Superior Court, Civil Chamber that recognized and declared executory in Quebec the Belgian bankruptcy order "subject however, to the rights, if any, of any creditors with claims secured under the laws of Canada, as by law provided". Notwithstanding the intervention by the trustees, backed by the order of the Quebec Superior Court, the Federal Court granted default judgment and proceeded to exercise

Antwerp Bulkcarriers, N.V. Faillie

**Thierry Van Doosselaere et
Frans G. A. De Roy, en qualité de
syndics de faillite de Antwerp Bulkcarriers,
N.V. Appelants**

c.

**Holt Cargo Systems Inc. et Container Appli-
cations International Inc. Intimées**

RÉPERTORIÉ : ANTWERP BULK CARRIERS, N.V. (RE)

Référence neutre : 2001 CSC 91.

N° du greffe : 27905.

2001 : 20 mars; 2001 : 20 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite et insolvabilité — Tribunaux — Compétence — Cour supérieure du Québec — Créancier américain intentant en Cour fédérale une action fondée sur le droit maritime contre un navire belge — Faillite du propriétaire belge survenue par la suite en Belgique — Action en Cour fédérale donnant lieu à un jugement par défaut — Cour supérieure délivrant des ordonnances censées statuer sur le sort du navire et le produit de la vente — La Cour supérieure du Québec avait-elle compétence pour délivrer des ordonnances visant à stériliser les effets des jugements rendus par la Cour fédérale?

À la fin du mois de mars 1996, l'intimée Holt a intenté une action *in rem* visant l'exécution d'un privilège maritime sur un navire belge qui se trouvait en eaux canadiennes. Le navire a été saisi conformément à une ordonnance de la Cour fédérale. Le propriétaire du navire a, par la suite, été mis en faillite par le tribunal de faillite belge. Les syndics appelants ont obtenu auprès de la Chambre civile de la Cour supérieure du Québec une ordonnance reconnaissant et déclarant exécutoire au Québec l'ordonnance de faillite délivrée en Belgique, « sous réserve toutefois des droits des créanciers dont les réclamations sont garanties sous le régime des lois du Canada, conformément à la loi ». En dépit de l'intervention des syndics munis de l'ordonnance de la

its maritime jurisdiction to have the ship appraised and sold. The respondent Holt, a maritime lienholder, was a secured creditor. The appellant trustees then obtained an order from the Quebec Superior Court sitting in bankruptcy directing the proceeds of the sale of the ship to be paid to the trustees "for distribution amongst the creditors of the Bankrupt in observance of all their rights and in conformity with Belgian law". This order was in conflict with the rules and procedures and, eventually, the order of the Federal Court. The order also requested the aid of the Supreme Court of Nova Scotia with jurisdiction in bankruptcy, and ordered that the judgment be served on the Marshal of the Federal Court of Canada in Halifax. The Quebec Court of Appeal allowed Holt's appeal, finding that in the circumstances it was not open to the Canadian bankruptcy court to make the orders it did.

Held: The appeal should be dismissed.

The Canadian bankruptcy court had no authority to enjoin the Federal Court at Halifax from carrying into execution its order for appraisal and sale of the ship, nor was it appropriate for the court to request the intervention of the Nova Scotia Supreme Court to obtain compliance with such an order. A Canadian bankruptcy court had no authority in the circumstances of this case to take over disposal of a ship already captured by the process of the Federal Court of Canada.

The assertion of jurisdiction by the bankruptcy court did not oust the maritime law jurisdiction of the Federal Court, once properly engaged by the commencement of the *in rem* action and the arrest of the ship. The considerations underlying rules of comity apply with even greater force between the units of a federal state than they do internationally. Once it determined that the Federal Court had maritime law jurisdiction to deal with the ship, the Canadian bankruptcy court ought to have recognized that the trustees' proper remedy was a stay application to that court. It ought not to have issued what amounted to an anti-suit injunction against the litigants in the Federal Court. Had the bankruptcy occurred in Canada, the Superior Court would have had no authority to command the Federal Court to stay the proper discharge of its maritime law jurisdiction. It did not acquire by its endorsement of international comity a jurisdiction it did not otherwise have.

Cour supérieure du Québec, la Cour fédérale a rendu un jugement par défaut et a exercé sa compétence en matière de droit maritime pour faire évaluer et vendre le navire. L'intimée Holt, qui détenait un privilège maritime, était un créancier garanti. Les syndics appelants ont alors obtenu auprès de la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite une ordonnance enjoignant de verser aux syndics le produit de la vente du navire « en vue de sa répartition entre les créanciers de la faillie dans le respect de tous leurs droits et en conformité avec le droit belge ». Cette ordonnance était incompatible avec les règles, les procédures et, en fin de compte, l'ordonnance de la Cour fédérale. L'ordonnance sollicitait également le concours de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse ayant compétence en matière de faillite, et ordonnait que le jugement soit signifié au prévôt de la Cour fédérale du Canada à Halifax. La Cour d'appel du Québec a accueilli l'appel de Holt, concluant que, dans les circonstances, le tribunal de faillite canadien ne pouvait pas délivrer les ordonnances qu'il a délivrées.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le tribunal de faillite canadien n'avait pas compétence pour interdire à la Cour fédérale à Halifax de mettre à exécution son ordonnance d'évaluation et de vente du navire et il ne convenait pas non plus que le tribunal de faillite canadien sollicite l'intervention de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour faire respecter cette ordonnance. Un tribunal de faillite canadien n'avait pas le pouvoir, dans les circonstances de la présente affaire, d'aliéner un navire déjà assujéti à la procédure de la Cour fédérale du Canada.

La déclaration de compétence par le tribunal de faillite n'a pas supplanté la compétence de la Cour fédérale en droit maritime, une fois que son exercice a été régulièrement déclenché par l'introduction de l'action *in rem* et la saisie du navire. Les considérations qui sous-tendent les règles de courtoisie s'appliquent avec beaucoup plus de force entre les éléments d'un État fédéral qu'elles le font sur le plan international. Après avoir décidé que la Cour fédérale pouvait s'occuper du navire en vertu de sa compétence en matière de droit maritime, le tribunal de faillite canadien aurait dû reconnaître que le recours approprié des syndics consistait à solliciter une suspension devant la Cour fédérale. Il n'aurait pas dû délivrer ce qui constituait une injonction anti-poursuites contre les parties devant la Cour fédérale. Si la faillite était survenue au Canada, la Cour supérieure n'aurait pas eu le pouvoir d'ordonner à la Cour fédérale de suspendre l'exercice légitime de sa compétence en matière de droit maritime. En avalisant la courtoisie internationale, elle n'a pas acquis une compétence qu'elle n'avait pas par ailleurs.

Cases Cited

Applied: *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Bank of Montreal v. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 S.C.R. 546; **referred to:** *In re The Moratorium Act (Sask.)*, [1956] S.C.R. 31; *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680; *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 2 "bankruptcy", "secured creditor", 69.3(1) [ad. 1992, c. 27, s. 36], (2)(a) [*idem*], 136(1), 183(1)(b), Part XIII [ad. 1997, c. 12, s. 118].

Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 22.

Authors Cited

Leonard, E. Bruce. "Recognition and Access in International Insolvency Proceedings: The Canadian Perspective". Paper delivered at the INSOL International Regional Conference of the Americas, Toronto, March 1995.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (2000), 187 D.L.R. (4th) 106, [2000] Q.J. No. 685 (QL), allowing in part an appeal from a decision of the Quebec Superior Court (1996), 43 C.B.R. (3d) 284, 48 C.B.R. (3d) 109, [1996] Q.J. No. 4500 (QL). Appeal dismissed.

Mark E. Meland, for the appellants.

Richard L. Desgagnés and *Véronique Marquis*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In this appeal, we are confronted, rather unusually, with an issue of domestic comity. Two courts exercising authority granted by Parliament over their respective subject matters came into collision over the sale of a ship.

On June 28, 1996, the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy (the "Canadian bankruptcy

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Banque de Montréal c. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 546; **arrêts mentionnés :** *In re The Moratorium Act (Sask.)*, [1956] R.C.S. 31; *The Strandhill c. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680; *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 22.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 2 « créancier garanti », « faillite », 69.3(1) [aj. 1992, ch. 27, art. 36], (2)a [*idem*], 136(1), 183(1)b, partie XIII [aj. 1997, ch. 12, art. 118].

Doctrines citées

Leonard, E. Bruce. « Recognition and Access in International Insolvency Proceedings: The Canadian Perspective ». Paper delivered at the INSOL International Regional Conference of the Americas, Toronto, March 1995.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (2000), 187 D.L.R. (4th) 106, [2000] J.Q. n° 685 (QL), qui a accueilli en partie un appel contre une décision de la Cour supérieure du Québec (1996), 43 C.B.R. (3d) 284, 48 C.B.R. (3d) 109, [1996] A.Q. n° 4500 (QL). Pourvoi rejeté.

Mark E. Meland, pour les appelants.

Richard L. Desgagnés et *Véronique Marquis*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, nous sommes aux prises, de façon plutôt inhabituelle, avec une question de courtoisie nationale. Deux tribunaux exerçant la compétence que leur a conférée le Parlement dans leurs domaines respectifs sont entrés en conflit à propos de la vente d'un navire.

Le 28 juin 1996, la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite (le « tribunal de

court”) purported to enjoin an *in rem* action in admiralty that had earlier proceeded to default judgment in the Federal Court of Canada against the M/V “Brussel” (the “Ship”).

faillite canadien ») a voulu interdire une action *in rem* en matière d’amirauté qui, en Cour fédérale du Canada, avait déjà donné lieu à un jugement par défaut défavorable au N/M « Brussel » (le « navire »).

3 This is the appeal of the Canadian bankruptcy court order as varied by the Quebec Court of Appeal. In the companion appeal, *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90, released concurrently, we address the Federal Court of Appeal’s refusal to enter a stay of the *in rem* action despite the supervening bankruptcy of the shipowner.

Le présent pourvoi concerne l’ordonnance du tribunal de faillite canadien telle que modifiée par la Cour d’appel du Québec. Dans l’arrêt connexe *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90, rendu en même temps que le présent arrêt, nous abordons la question du refus de la Cour d’appel fédérale d’ordonner la suspension de l’action *in rem* malgré la faillite subséquente du propriétaire du navire.

4 The order of the Canadian bankruptcy court dated June 28, 1996 was varied by the Quebec Court of Appeal because it was construed as a collateral attack [TRANSLATION] “intended to neutralize the effects of judgments rendered by the Federal Court” ((2000), 187 D.L.R. (4th) 106, para. 40). I agree with the Quebec Court of Appeal that in this instance the Canadian bankruptcy court overreached its authority. The appellant trustees in bankruptcy (the “Trustees”) had applied to the Federal Court, Trial Division for a stay of proceedings. The application was dismissed in a series of rulings by MacKay J. of that court. The Trustees appealed the dismissal to the Federal Court of Appeal. That was their proper remedy. The Canadian bankruptcy court had no authority to enjoin the Marshal of the Federal Court at Halifax (who was specifically ordered to be served with its order) from carrying into execution the Federal Court’s order dated May 17, 1996, for appraisal and sale of the Ship. Nor was it appropriate for the Canadian bankruptcy court to request the intervention of the Nova Scotia Supreme Court to obtain compliance with its order in the event Federal Court officials chose to respect the orders of their own court rather than defer to the order of the bankruptcy court.

La Cour d’appel du Québec a modifié l’ordonnance du tribunal de faillite canadien, datée du 28 juin 1996, parce qu’elle la considérait comme une attaque collatérale « vis[ant] à stériliser les effets des jugements rendus par la Cour fédérale » ([2000] J.Q. n° 685 (QL), par. 40). Je conviens avec la Cour d’appel du Québec que le tribunal de faillite canadien a excédé sa compétence en l’espèce. Les syndics de faillite appelants (les « syndics ») avaient demandé à la Section de première instance de la Cour fédérale de suspendre les procédures. La demande a été rejetée dans une série de décisions rendues par le juge MacKay de cette cour. Les syndics ont interjeté appel contre ce refus auprès de la Cour d’appel fédérale. Ce recours était approprié. Le tribunal de faillite canadien n’avait pas compétence pour interdire au prévôt de la Cour fédérale à Halifax (à qui l’ordonnance a été expressément signifiée) de mettre à exécution l’ordonnance d’évaluation et de vente du navire délivrée par la Cour fédérale, le 17 mai 1996. Il ne convenait pas non plus que le tribunal de faillite canadien sollicite l’intervention de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour faire respecter son ordonnance dans le cas où les officiers de la Cour fédérale choisiraient de ne pas s’en remettre à l’ordonnance du tribunal de faillite canadien et de respecter plutôt les ordonnances de leur propre tribunal.

5 In my view, the decision of the Quebec Court of Appeal was correct and the appeal should be dismissed.

À mon avis, la décision de la Cour d’appel du Québec était juste et le pourvoi doit être rejeté.

I. Facts

The respondent Holt Cargo Systems Inc. ("Holt") rendered stevedoring services to the Ship at Gloucester City, New Jersey, U.S.A., between July 1994 and March 1996. Holt thereby acquired a maritime lien against the Ship itself under the law of the United States which, under our law, is enforceable in Canada with the same priority as is given to maritime liens created here. Invoices sent to the shipowner for stevedoring services remained unpaid.

In time, the Ship sailed into Canadian waters. On March 30, 1996, it arrived at the entrance to Halifax harbour. Holt commenced an *in rem* action for the collection of the secured debt and procured the Ship's arrest by order of the Federal Court of Canada.

Less than a week later, the Ship's owner, Antwerp Bulkcarriers, N.V., was adjudged bankrupt by order dated April 5, 1996, of the Eleventh Chamber of the Commercial Court for the Judicial District of Antwerp (the "Belgian bankruptcy court"). The appellants, Van Doosselaere and De Roy, were named trustees and given the mandate to realize on the assets of the bankrupt worldwide for distribution to the creditors according to the law of Belgium.

It is important to note that at no time did the shipowner declare bankruptcy in Canada. There were no Canadian bankruptcy proceedings separate and apart from recognition of the Belgian bankruptcy.

The complicated procedural history of this dispute in the Canadian courts is set out in detail in an Appendix to this judgment.

II. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, Baker J., May 9, 1996*

Within a month of the shipowner's bankruptcy, the appellant Trustees had applied for recognition

I. Les faits

L'intimée Holt Cargo Systems Inc. (« Holt ») a fourni au navire des services d'acconage à Gloucester City (New Jersey), aux États-Unis, entre juillet 1994 et mars 1996. Holt a ainsi acquis, sous le régime du droit américain, un privilège maritime qui, selon le droit canadien, est exécutable au Canada et a la même priorité de rang que les privilèges maritimes prenant naissance au pays. Les factures envoyées au propriétaire du navire pour les services d'acconage sont restées impayées.

Par la suite, le navire a navigué en eaux canadiennes. Le 30 mars 1996, il est arrivé à l'entrée du port de Halifax. Holt a intenté une action *in rem* visant le recouvrement de sa créance garantie et a fait saisir le navire conformément à une ordonnance de la Cour fédérale du Canada.

Moins d'une semaine plus tard, le propriétaire du navire, Antwerp Bulkcarriers, N.V., a été mis en faillite conformément à une ordonnance délivrée le 5 avril 1996 par la Onzième Chambre du Tribunal de commerce du district judiciaire d'Anvers (le « tribunal de faillite belge »). Les appelants Van Doosselaere et De Roy ont été désignés syndics et ont reçu le mandat de réaliser les éléments d'actif de la faillie où qu'ils se trouvent dans le monde, aux fins de répartition entre les créanciers en conformité avec le droit belge.

Il importe de souligner que le propriétaire du navire n'a jamais fait faillite au Canada. Aucune procédure de faillite n'a été engagée au Canada autre que celle visant la reconnaissance de la faillite survenue en Belgique.

L'historique procédural complexe du présent litige devant les tribunaux canadiens est exposé en détail à l'annexe du présent jugement.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure du Québec, le juge Baker, le 9 mai 1996*

Au cours du mois qui a suivi la faillite du propriétaire du navire, les syndics appelants ont demandé à

6

7

8

9

10

11

of the Belgian judgment by the Quebec Superior Court, Civil Chamber (i.e., not at that stage specified to be sitting in bankruptcy). By order dated May 9, 1996, Baker J. recognized and declared executory "in Quebec" the Belgian bankruptcy order of April 5, 1996, vesting in the appellant Trustees the property of the bankrupt "subject however, to the rights, if any, of any creditors with claims secured under the laws of Canada, as by law provided" (hereinafter referred to as the "secured creditors provision").

12

In concurrent proceedings in the United States and before the Federal Court of Canada, the appellant Trustees attempted to prevent Holt and other creditors from realizing on their security. They applied to the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, seeking an order enjoining U.S. creditors (including Holt) from collection proceedings in the United States or elsewhere. A temporary order was granted on May 16, 1996, with respect to proceedings in the United States, but the U.S. court declined to order U.S. creditors to halt proceedings elsewhere.

13

On May 14, 1996, armed with the order of Baker J., the Trustees presented themselves before MacKay J. of the Federal Court, Trial Division and obtained intervener status in the *in rem* proceeding against the Ship. They did not at that time apply for a stay of proceedings. They sought a four-week adjournment to allow them to assess all claims and the assets of the bankrupt. The Federal Court expressed concern that the Ship had already been under arrest for six weeks, incurring significant dockage and other continuing charges. The appellants did not suggest that they knew of any possible defence to the action. Further delay would be expensive. The request for an adjournment was denied.

la Chambre civile de la Cour supérieure du Québec (c'est-à-dire non désignée, à ce stade, comme siégeant en matière de faillite) de reconnaître le jugement rendu en Belgique. Dans une ordonnance datée du 9 mai 1996, le juge Baker a reconnu et déclaré exécutoire [TRADUCTION] « au Québec » l'ordonnance de faillite délivrée en Belgique le 5 avril 1996, qui investissait les syndics appelants de la propriété des biens de la faillie, [TRADUCTION] « sous réserve toutefois des droits des créanciers dont les réclamations sont garanties sous le régime des lois du Canada, conformément à la loi » (ci-après la « disposition concernant les créanciers garantis »).

Dans des procédures concomitantes engagées aux États-Unis et devant la Cour fédérale du Canada, les syndics appelants ont tenté d'empêcher Holt et d'autres créanciers de réaliser leur garantie. Ils ont sollicité auprès de la United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, une ordonnance interdisant aux créanciers américains (y compris Holt) d'engager des procédures de recouvrement aux États-Unis ou ailleurs. Le 16 mai 1996, une ordonnance provisoire a été délivrée à l'égard des procédures engagées aux États-Unis, mais le tribunal américain a refusé d'ordonner aux créanciers américains de mettre fin aux procédures engagées ailleurs.

Le 14 mai 1996, forts de l'ordonnance du juge Baker, les syndics se sont présentés devant le juge MacKay de la Section de première instance de la Cour fédérale et se sont vu reconnaître la qualité d'intervenants dans les procédures *in rem* contre le navire. À ce moment-là, ils ont demandé non pas une suspension des procédures, mais un ajournement de quatre semaines afin de pouvoir évaluer toutes les réclamations et l'actif de la faillie. La Cour fédérale s'est inquiétée du fait que le navire était saisi depuis déjà six semaines et que d'importants droits de bassin et d'autres frais continuaient de s'accumuler. Les appelants n'ont pas indiqué qu'ils connaissaient un moyen de défense opposable à l'action, et des délais supplémentaires auraient été coûteux. La demande d'ajournement a donc été refusée.

On May 14, 1996, the Federal Court proceeded to grant default judgment to Holt in its undefended action against the Ship.

Incidental procedural orders were given on May 17, 1996 for the “appraisement” and sale of the Ship.

It was not until June 14, 1996 that the appellant Trustees went before the Federal Court for a stay of further proceedings “pending final disposition of the matter by the Superior Court, District of Montreal, Sitting in Bankruptcy and Insolvency Matters”. The appellant Trustees also applied for reconsideration of the default judgment and of the incidental orders for the appraisal and sale of the Ship.

The background to the June 14th stay motion requires explanation. The Trustees had returned to the Belgian bankruptcy court on June 10, 1996, and obtained an order purporting to command the delivery of the Ship to the Trustees for sale and distribution of the proceeds, and praying in aid the help of “all Canadian courts” to give effect to this order. It is not apparent from the record before us whether the Trustees disclosed to the Belgian bankruptcy court the default judgment of May 14, 1996, and the orders for the “appraisement” and sale of the Ship then being implemented in Canada.

B. *Quebec Superior Court*, Halperin J., June 11, 1996

On June 11, 1996, the appellant Trustees laid before Halperin J. of the Canadian bankruptcy court at Montreal the order issued the day previously, June 10, by the Belgian bankruptcy court. Although the Trustees had been participating with the other interested parties for more than a month in the Federal Court proceedings, no notice was given to any of them. The order of Halperin J., obtained *ex parte*, more or less adopted the order of the Belgian bankruptcy court. It ordered the suspension of all “measures of attachment” against the M/V “Brussel” and enjoined further proceedings. It also ordered deliv-

14
Le 14 mai 1996, la Cour fédérale a rendu un jugement par défaut en faveur de Holt dans l’action incontestée qu’elle avait intentée contre le navire.

15
Des ordonnances procédurales accessoires enjoignant de procéder à l’« évaluation » et à la vente du navire ont été délivrées le 17 mai 1996.

16
Ce n’est que le 14 juin 1996 que les syndic appellants ont demandé à la Cour fédérale de suspendre les procédures [TRADUCTION] « en attendant le règlement définitif de l’affaire par la Cour supérieure siégeant en matière de faillite et d’insolvabilité du district de Montréal ». Les syndic appellants ont également demandé le réexamen du jugement par défaut et des ordonnances accessoires d’évaluation et de vente du navire.

17
Le contexte dans lequel la requête en suspension a été déposée le 14 juin commande des explications. Le 10 juin 1996, les syndic étaient retournés devant le tribunal de faillite belge où ils ont obtenu une ordonnance censée enjoindre de leur remettre le navire pour qu’ils puissent le vendre et répartir le produit de la vente, et sollicitant le concours de [TRADUCTION] « tout tribunal canadien » pour mettre à exécution cette ordonnance. Le dossier dont nous sommes saisis n’indique pas si les syndic ont communiqué au tribunal de faillite belge le jugement par défaut du 14 mai 1996 et les ordonnances d’« évaluation » et de vente du navire alors mises à exécution au Canada.

B. *Cour supérieure du Québec*, le juge Halperin, le 11 juin 1996

18
Le 11 juin 1996, les syndic appellants ont déposé devant le juge Halperin du tribunal de faillite canadien, à Montréal, l’ordonnance délivrée par le tribunal de faillite belge la veille, c’est-à-dire le 10 juin. Même si les syndic participaient depuis plus d’un mois, avec d’autres parties intéressées, aux procédures devant la Cour fédérale, aucun avis ne leur a été donné. L’ordonnance *ex parte* qui a été délivrée par le juge Halperin reprenait plus ou moins l’ordonnance du tribunal de faillite belge. Elle enjoignait de suspendre [TRADUCTION] « toutes les mesures de saisie-arrêt »

ery of the Ship to the appellant Trustees. Halperin J. suspended the effect of this aspect of his order until the affected parties could be notified and be given the opportunity to make submissions. The Canadian bankruptcy court order thus countermanded the Federal Court order for appraisal and sale dated May 17, 1996, a fact which inexplicably was not brought to the attention of the *ex parte* motions judge by the Trustees. Another important feature of the order of Halperin J. is that it did not include the "secured creditors provision" included in the earlier order of Baker J. The Belgian Trustees were thereby accorded higher rights than if the shipowner had declared bankruptcy in Canada.

dirigées contre le N/M « Brussel » et interdisait toutes procédures supplémentaires. Elle enjoignait également de remettre le navire aux syndics appelants. Le juge Halperin a suspendu l'effet de cet aspect de l'ordonnance jusqu'à ce que les parties touchées puissent être avisées et aient l'occasion de présenter des observations. L'ordonnance du tribunal de faillite canadien annulait ainsi l'ordonnance d'évaluation et de vente délivrée par la Cour fédérale le 17 mai 1996, fait que les syndics ont inexplicablement omis de signaler au juge saisi des requêtes *ex parte*. Une autre caractéristique importante de l'ordonnance du juge Halperin est qu'elle ne contenait pas la « disposition concernant les créanciers garantis » figurant dans l'ordonnance antérieure du juge Baker. Les syndics belges se voyaient ainsi accorder plus de droits que si le propriétaire du navire avait fait faillite au Canada.

¹⁹ June 11, 1996 was also an important date in the Federal Court action. The Belgian state bank, Société Nationale de Crédit à l'Industrie S.A. ("SNCF"), intervened to protect its claim to a security interest in the Ship under its first and second mortgages of about \$68 million. Whatever faint hope the appellant Trustees may have had that the sale of the Ship would produce some money over and above the secured creditors more or less ceased at that time.

Le 11 juin 1996 a également été une date clé dans l'action devant la Cour fédérale. La banque d'État belge, la Société Nationale de Crédit à l'Industrie S.A. (« SNCI »), est intervenue pour protéger ses hypothèques de premier et de second rang sur le navire, totalisant environ 68 000 000 \$. L'espoir, si faible fût-il, qu'ont pu avoir les syndics appelants que la vente du navire rapporte de l'argent une fois les créanciers garantis payés, s'est plus ou moins évanoui à ce moment-là.

²⁰ The Federal Court, Trial Division was advised of the *ex parte* order of Halperin J. but nevertheless dismissed the Trustees' motion for a stay of proceedings on June 14, 1996. In the view of MacKay J., the Federal Court was seized with a maritime law matter, not a bankruptcy matter.

La Section de première instance de la Cour fédérale a été avisée de l'ordonnance *ex parte* du juge Halperin, mais elle a néanmoins rejeté la requête en suspension des procédures déposée par les syndics le 14 juin 1996. Selon le juge MacKay, la Cour fédérale était saisie d'une question de droit maritime et non d'une question de faillite.

²¹ Despite the dismissal of their stay application, the appellant Trustees returned to the Canadian bankruptcy court for further assistance.

Malgré le rejet de leur demande de suspension, les syndics appelants sont retournés devant le tribunal de faillite canadien pour demander à nouveau son concours.

C. *Quebec Superior Court* (1996), 43 C.B.R. (3d) 284

C. *Cour supérieure du Québec* (1996), 43 C.B.R. (3d) 284

²² On June 28, 1996, Guthrie J. of the Canadian bankruptcy court confirmed, with important varia-

Le 28 juin 1996, le juge Guthrie du tribunal de faillite canadien a confirmé, sous réserve de

tions, the terms of the order of Halperin J. He did, however, criticize the appellant Trustees for their failure to disclose numerous important and relevant matters to the *ex parte* motions judge, including the facts that (1) the Ship was arrested prior to the date of the bankruptcy in Belgium; (2) Holt had been claiming a maritime lien from the outset and the validity of that claim had been recognized in the order of the Federal Court pronounced May 14, 1996; (3) the Federal Court proceedings had been ongoing since March 30, 1996 and counsel for the Trustees had been actively involved in these proceedings since May 3, 1996; and (4) the Federal Court had ordered the sale of the Ship on May 17, 1996 and counsel for the Trustees had participated in the drafting of that order.

With respect to the invocation of international comity, Guthrie J. noted that “multinational and cross-border insolvencies have risen to an unprecedented level of activity and significance” (para. 23). Of “increasing weight in the global commercial arena” is the goal of predictability and this “requires that each interested jurisdiction demonstrate respect for the legitimate interests of the other jurisdictions” (para. 28). In Canada, he noted, recent decisions suggest that Canadian courts are taking a more open view toward the recognition of foreign proceedings. Although *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, was an interprovincial case, it “has clear implications for international recognition and enforcement issues in Canada” (para. 30).

Guthrie J. said he was faced with “a ‘collision’ between the jurisdiction of the Commercial Court of Antwerp, Belgium, legitimately applying Belgian bankruptcy law to the bankruptcy of a Belgian corporate citizen, and the jurisdiction of the Federal Court, legitimately applying Canadian maritime law to a ship owned by the Bankrupt and located in Canada”, both of which “have been properly exercising their respective jurisdictions” (para. 35). One of the courts, he said, needs to decline jurisdiction. In his view, “the expeditious and eco-

modifications majeures, les conditions de l’ordonnance du juge Halperin. Il a cependant reproché aux syndics appelants de ne pas avoir communiqué au juge saisi des requêtes *ex parte* plusieurs renseignements importants et pertinents, notamment les faits suivants : (1) le navire a été saisi avant la date de la faillite survenue en Belgique; (2) Holt a invoqué un privilège maritime dès le départ et l’ordonnance de la Cour fédérale délivrée le 14 mai 1996 a confirmé la validité de ce privilège; (3) les procédures devant la Cour fédérale étaient en cours depuis le 30 mars 1996 et l’avocat des syndics y participait activement depuis le 3 mai 1996; (4) la Cour fédérale avait ordonné la vente du navire le 17 mai 1996 et l’avocat des syndics avait participé à la rédaction de cette ordonnance.

En ce qui concerne l’argument de la courtoisie internationale, le juge Guthrie a fait remarquer que [TRADUCTION] « les affaires d’insolvabilité internationale et transfrontalière ont atteint des sommets inégalés jusqu’ici tant sur le plan du nombre que sur le plan de l’importance » (par. 23). L’objectif de prévisibilité est [TRADUCTION] « de plus en plus important dans le domaine du commerce mondial », ce qui « exige que chaque ressort intéressé respecte les intérêts légitimes des autres ressorts » (par. 28). Au Canada, a-t-il souligné, des décisions récentes indiquent que les tribunaux canadiens sont plus disposés à reconnaître les procédures engagées à l’étranger. Bien que l’affaire *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, soit une affaire interprovinciale, elle [TRADUCTION] « a une incidence manifeste sur les questions de reconnaissance et d’exécution de jugements étrangers au Canada » (par. 30).

Le juge Guthrie s’est dit aux prises avec un [TRADUCTION] « “conflit” entre la compétence du Tribunal de commerce d’Anvers en Belgique, qui applique légitimement le droit de la faillite belge à la faillite d’une entreprise belge, et la compétence de la Cour fédérale qui applique légitimement le droit maritime canadien à un navire appartenant à la faillie et se trouvant au Canada », les deux tribunaux « ayant exercé légitimement leurs compétences respectives » (par. 35). L’un de ces tribunaux, a-t-il dit, doit se récuser. Selon lui,

23

24

nomical administration of the Bankrupt's estate can best take place before the Belgian Commercial Court in Antwerp" (para. 35). Public policy is frustrated when "national prejudices and complexities of judgment recognition proceedings are allowed to delay . . . immediate access to the appropriate assets" (para. 36).

[TRADUCTION] « l'administration de l'actif de la faillie sera plus rapide et économique devant le Tribunal de commerce belge à Anvers » (par. 35). L'intérêt général est compromis si on [TRADUCTION] « permet que les préjugés nationaux et la complexité des procédures de reconnaissance d'un jugement empêchent [. . .] l'accès immédiat aux éléments d'actif en cause » (par. 36).

25

The formal order of Guthrie J. declared that the Superior Court of Quebec, sitting in Bankruptcy, had come in aid of the Belgian bankruptcy court and recognized the appellants as trustees in bankruptcy who have "the duty and power to take possession of, realise upon and confirm the assets of the Bankrupt situated anywhere in Canada". Guthrie J. restored the secured creditors provision, i.e., recognizing "the rights, if any, of any creditors with claims secured under the laws of Canada, as by law provided". The order of Guthrie J. then addressed in specific terms what was to be done with the Ship. He was prepared to "permit" the sale to take place in accordance with the order of the Federal Court dated May 17, 1996, "provided that such sale is completed and the purchase price paid in full by the close of business in Halifax, Canada on July 12, 1996". If sold, the net proceeds of sale were to "be paid promptly to the Trustees for distribution amongst the creditors of the Bankrupt in observance of all their rights and in conformity with Belgian law" contrary to the priority assigned by Canadian maritime law and, eventually, by the Federal Court to maritime lienholders and other secured creditors. In the event that the sale was not completed as provided in the Federal Court order, the Ship was to be delivered to the Trustees so that they could attend to its sale either locally or elsewhere. This again was contrary to the ongoing procedural framework established under the Rules of the Federal Court.

Dans son ordonnance, le juge Guthrie a déclaré que la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite avait prêté son concours au tribunal de faillite belge et reconnaissait les appelants en qualité de syndics de faillite ayant [TRADUCTION] « l'obligation et le pouvoir de prendre possession des éléments d'actif de la faillie où qu'ils soient au Canada, de les réaliser et de les confirmer ». Le juge Guthrie a rétabli la disposition concernant les créanciers garantis, c'est-à-dire celle reconnaissant « [l]es droits des créanciers dont les réclamations sont garanties sous le régime des lois du Canada, conformément à la loi ». L'ordonnance du juge Guthrie précisait ensuite ce qu'on devait faire du navire. Le juge était disposé à « permettre » qu'il soit vendu conformément à l'ordonnance de la Cour fédérale, datée du 17 mai 1996, « à la condition que cette vente soit conclue et que le prix d'achat soit intégralement versé à la fin de la journée ouvrable à Halifax, au Canada, le 12 juillet 1996 ». Si la vente était conclue, le produit net de la vente devrait être « versé sans délai aux syndics en vue de sa répartition entre les créanciers de la faillie dans le respect de tous leurs droits et en conformité avec le droit belge », et ce, malgré l'ordre de priorité que le droit maritime canadien et, en fin de compte, la Cour fédérale attribuent aux titulaires de privilège maritime et aux autres créanciers garantis. Si la vente n'était pas conclue comme le prévoyait l'ordonnance de la Cour fédérale, le navire devrait être remis aux syndics pour qu'ils le vendent sur place ou ailleurs. Cela aussi était contraire au cadre procédural établi par les Règles de la Cour fédérale.

26

Given the importance of the precise terms of the June 28, 1996 order, its relevant provisions are set out below:

Étant donné l'importance du texte même de l'ordonnance du 28 juin 1996, ses dispositions pertinentes sont reproduites ci-dessous :

... THE COURT:

DECLARES that the Superior Court of Québec, sitting in bankruptcy and insolvency matters, has come in aid of the Belgian Commercial Court of the Judicial District of Antwerp pursuant to the request contained in the judgment of the President of such Court rendered in Antwerp on June 10, 1996;

RECOGNIZES the Trustees as trustees in the bankruptcy of Antwerp Bulkcarriers, N.V., with the duty and power to take possession of, realise upon and confirm the assets of the Bankrupt situated anywhere in Canada, subject however to the rights, if any, of any creditors with claims secured under the laws of Canada, as by law provided;

PERMITS the sale of the ship "Brussel" to take place in accordance with the judgment rendered by the Federal Court of Canada, Trial Division, on May 17, 1996 provided that such sale is completed and the purchase price paid in full by the close of business in Halifax, Canada on July 12, 1996;

ORDERS that, in the event that the said sale is completed as aforesaid, the net proceeds of such sale (after payment of all expenses of advertisement of the sale, appraisal fees, insurance and all other costs, disbursements, commissions and other expenses necessary for the sale) be paid promptly to the Trustees for distribution amongst the creditors of the Bankrupt in observance of all their rights and in conformity with Belgian law;

ORDERS that, in the event the said sale is not so completed, the ship "Brussel" be delivered into the possession of the Trustees so that they can proceed to the sale of the said ship, locally or in any other place they consider more appropriate, and to the distribution of the net proceeds amongst the creditors of the Bankrupt in observance of all their rights and in conformity with Belgian law;

REQUESTS the aid of the Supreme Court of Nova Scotia with jurisdiction in bankruptcy, insofar as such aid may be necessary under the laws of Nova Scotia to give effect to the present judgment;

ORDERS that the present judgment be served promptly on Chief Justice of the Supreme Court of Nova Scotia, on the Marshall of the Federal Court of Canada in Halifax, on the Sheriff of the Halifax Regional Municipality, and on all parties who have asserted a claim in Canada in respect of the ship "Brussel"; ... [Emphasis added.]

[TRANSDUCTION] ... LA COUR :

DÉCLARE que la [Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite et d'insolvabilité] prête son concours au Tribunal de commerce belge pour le district judiciaire d'Anvers en réponse à la requête contenue dans un jugement du président de cette cour en date du 10 juin 1996;

RECONNAÎT les syndics en qualité de syndics de la faillite de Antwerp Bulkcarriers, N.V., ayant l'obligation et le pouvoir de prendre possession des éléments d'actif de la faillie où qu'ils soient au Canada, de les réaliser et de les confirmer, sous réserve toutefois des droits des créanciers dont les réclamations sont garanties sous le régime des lois du Canada, conformément à la loi;

PERMET que le navire « Brussel » soit vendu conformément au jugement rendu par la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada, le 17 mai 1996, à la condition que cette vente soit conclue et que le prix d'achat soit intégralement versé à la fin de la journée ouvrable à Halifax, au Canada, le 12 juillet 1996;

ORDONNE que, si ladite vente est conclue comme susdit, le produit net de la vente (après paiement de toutes les dépenses d'annonce de la vente, d'évaluation, d'assurance et autres coûts, débours, commissions et autres dépenses nécessaires à la vente) soit versé sans délai aux syndics en vue de sa répartition entre les créanciers de la faillie dans le respect de tous leurs droits et en conformité avec le droit belge;

ORDONNE que, si ladite vente n'est pas ainsi conclue, le navire « Brussel » soit remis aux syndics pour qu'ils le vendent, sur place ou à tout autre endroit qu'ils estiment plus convenable, et en répartissent le produit net entre les créanciers de la faillie dans le respect de tous leurs droits et en conformité avec le droit belge;

SOLLICITE le concours de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse ayant compétence en matière de faillite, dans la mesure où ce concours pourra être nécessaire sous le régime des lois de la Nouvelle-Écosse pour exécuter le présent jugement;

ORDONNE que le présent jugement soit signifié sans délai au juge en chef de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, au prévôt de la Cour fédérale du Canada à Halifax, au shérif de la municipalité régionale de Halifax, et à toutes les parties qui ont fait valoir une réclamation au Canada à l'égard du navire « Brussel »; ... [Je souligne.]

27

Armed with the June 28, 1996 order, the appellant Trustees renewed their stay application to the Federal Court in July 1996 when the sale of the Ship was under consideration. The appellant Trustees again relied on the order of Guthrie J. in September 1996 when the Trustees sought to have the proceeds of the sale paid to them. On each occasion, the Federal Court dismissed the application and declined to follow the direction laid out for it by the Canadian bankruptcy court.

D. *Quebec Court of Appeal* (2000), 187 D.L.R. (4th) 106

28

On March 14, 2000, the appeal taken by Holt and another secured creditor, Container Applications International Inc., was allowed. Gendreau J.A., who delivered the reasons for the court, was [TRANSLATION] “inclined to share” (para. 32) Guthrie J.’s view that this litigation was properly characterized as a bankruptcy matter. However he believed the Canadian bankruptcy court did not have the power to order the Federal Court of Canada to return the Ship (or the proceeds from its sale) to the trustees or [TRANSLATION] “to require the Nova Scotia Supreme Court to ensure enforcement of [its] order” (para. 32). The Federal Court was properly seized of the matter and, following an adversarial proceeding, had [TRANSLATION] “dismissed the motion for a stay of proceedings filed by the trustees and allowed the Holt action, acknowledging the secured lien on the proceeds of the sale of the vessel” (para. 32). In light of this background, it was not open to the Canadian bankruptcy court to make the orders it did, for they [TRANSLATION] “directly challenged and overruled a judgment of the Federal Court, a Superior Court of record in Canada” (para. 34). What the Quebec Superior Court did [TRANSLATION] “was nothing less than an attack on a judgment already rendered by another jurisdiction, in other words, a collateral attack” (para. 34).

29

Gendreau J.A. agreed with the Trustees that the Quebec Superior Court has jurisdiction in bankruptcy matters but said this was not the issue. The question is whether it can pronounce orders [TRANSLATION] “which are intended to neutralize the

Forts de l’ordonnance du 28 juin 1996, les syndic appellants ont réitéré leur demande de suspension devant la Cour fédérale en juillet 1996, au moment où la vente du navire était envisagée. Ils ont de nouveau invoqué l’ordonnance du juge Guthrie en septembre 1996, lorsqu’ils ont demandé que le produit de la vente leur soit versé. Dans chaque cas, la Cour fédérale a rejeté la demande et a refusé de suivre la voie indiquée par le tribunal de faillite canadien.

D. *Cour d’appel du Québec*, [2000] J.Q. n° 685 (QL)

Le 14 mars 2000, l’appel interjeté par Holt et un autre créancier garanti, à savoir Container Applications International Inc., a été accueilli. Le juge Gendreau, qui a exposé les motifs de la cour, était « tenté de partager » l’opinion du juge Guthrie selon laquelle on pouvait considérer à bon droit que ce litige mettait en cause le droit de la faillite (par. 32). Cependant, il ne croyait pas que le tribunal de faillite canadien avait le pouvoir d’ordonner à la Cour fédérale du Canada de remettre le navire (ou le produit de sa vente) aux syndic ou « de requérir de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse qu’elle s’assure de l’exécution de son ordonnance » (par. 32). La Cour fédérale était régulièrement saisie de l’affaire et, après un débat contradictoire, elle avait « rejeté la requête en sursis des syndic et accueilli l’action de Holt en lui reconnaissant une créance garantie sur le prix de vente du navire » (par. 32). Dans ce contexte, le tribunal de faillite canadien ne pouvait pas délivrer les ordonnances qu’il a délivrées, du fait qu’elles « vis[ai]ent directement et statu[ai]ent sur la validité d’un jugement de la Cour fédérale, une Cour supérieure d’archives au Canada » (par. 34). Ce que la Cour supérieure du Québec a fait était « [e]n somme [. . .] une attaque [contre] un jugement déjà prononcé par une autre juridiction, autrement dit, une attaque collatérale » (par. 34).

Le juge Gendreau a convenu avec les syndic que la Cour supérieure du Québec a compétence en matière de faillite, mais il a dit que là n’était pas la question. La question est de savoir si la Cour supérieure peut délivrer des ordonnances « qui visent à

effects of judgments rendered by the Federal Court and order that matters be dealt with otherwise than previously ordered” (para. 40).

III. Relevant Statutory Provisions

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

INTERPRETATION

2. In this Act,

. . .

“secured creditor” means a person holding a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against the property of the debtor or any part thereof as security for a debt due or accruing due to him from the debtor, or a person whose claim is based on, or secured by, a negotiable instrument held as collateral security and on which the debtor is only indirectly or secondarily liable;

Stay of Proceedings

69.3 (1) Subject to subsection (2) and sections 69.4 and 69.5, on the bankruptcy of any debtor, no creditor has any remedy against the debtor or the debtor’s property, or shall commence or continue any action, execution or other proceedings, for the recovery of a claim provable in bankruptcy, until the trustee has been discharged.

(2) Subject to sections 79 and 127 to 135 and subsection 248(1), the bankruptcy of a debtor does not prevent a secured creditor from realizing or otherwise dealing with his security in the same manner as he would have been entitled to realize or deal with it if this section had not been passed, unless the court otherwise orders, but in so ordering the court shall not postpone the right of the secured creditor to realize or otherwise deal with his security, except as follows:

(a) in the case of a security for a debt that is due at the date the bankrupt became bankrupt or that becomes due not later than six months thereafter, that right shall not be postponed for more than six months from that date; . . .

Scheme of Distribution

136. (1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows: . . .

stériliser les effets des jugements rendus par la Cour fédérale et à ordonner qu’il soit procédé autrement que cette dernière a décidé » (par. 40).

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3

DÉFINITIONS ET INTERPRÉTATION

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . .

« créancier garanti » Personne détenant une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens, à titre de garantie d’une dette échue ou à échoir, ou personne dont la réclamation est fondée sur un effet de commerce ou garantie par ce dernier, lequel effet de commerce est détenu comme garantie subsidiaire et dont le débiteur n’est responsable qu’indirectement ou secondairement.

Suspension des procédures

69.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et des articles 69.4 et 69.5, à compter de la faillite d’un débiteur, les créanciers n’ont aucun recours contre le débiteur ou contre ses biens et ne peuvent intenter ou continuer aucune action, exécution ou autre procédure en vue du recouvrement de réclamations prouvables en matière de faillite, et ce jusqu’à la libération du syndic.

(2) Sous réserve des articles 79 et 127 à 135 et du paragraphe 248(1), la faillite d’un débiteur n’a pas pour effet d’empêcher un créancier garanti de réaliser sa garantie ou de faire toutes autres opérations à son égard tout comme il aurait pu le faire en l’absence du présent article, à moins que le tribunal n’en ordonne autrement. Tout report ordonné à cet égard doit toutefois être conforme aux règles suivantes :

a) dans le cas d’une garantie relative à une dette échue à la date où le failli est devenu tel ou qui le devient dans les six mois suivants, l’exercice des droits du créancier ne peut être reporté à plus de six mois après cette date; . . .

Plan de répartition

136. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d’un failli sont distribués d’après l’ordre de priorité de paiement suivant : . . .

Jurisdiction of Courts

183. (1) The following courts are invested with such jurisdiction at law and in equity as will enable them to exercise original, auxiliary and ancillary jurisdiction in bankruptcy and in other proceedings authorized by this Act during their respective terms, as they are now, or may be hereafter, held, and in vacation and in chambers:

(b) in the Province of Quebec, the Superior Court;

IV. Analysis

31

The international coordination of bankruptcy and insolvency disputes that cross national boundaries and engage multiple jurisdictions is of crucial importance. National bankruptcy laws express the policies and priorities of their enacting countries. A multinational bankrupt with widespread corporate and business connections may leave creditors scrambling in different courts in different countries in costly and inefficient attempts to salvage their financial position. As Guthrie J. noted in this case (at para. 24):

The clash of interests and the myriad of conflict of laws issues that arise in multinational reorganizations or restructurings are such that it is remarkable that multinational reorganizations or co-operative liquidations can ever be successful at all.

(Quoting E. B. Leonard, "Recognition and Access in International Insolvency Proceedings: The Canadian Perspective", paper delivered at the INSOL International Regional Conference of the Americas, Toronto, March 1995.)

32

The Belgian Trustees were thus perfectly at liberty to seek the assistance of Canadian courts to deal efficiently and effectively with the assets in Canada of the bankrupt, which was a corporation domiciled in Belgium, even though the important 1997 amendments adding Part XIII ("International Insolvencies") to the *Bankruptcy and*

Compétence des tribunaux

183. (1) Les tribunaux suivants possèdent la compétence en droit et en équité qui doit leur permettre d'exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d'autres procédures autorisées par la présente loi durant leurs termes respectifs, tels que ces termes sont maintenant ou peuvent par la suite être tenus, pendant une vacance judiciaire et en chambre :

b) dans la province de Québec, la Cour supérieure;

IV. Analyse

La coordination internationale des conflits en matière de faillite et d'insolvabilité qui débordent les frontières nationales et mettent en cause plusieurs ressorts revêt une importance capitale. Les lois qu'un pays adopte en matière de faillite énoncent les politiques et les priorités de ce pays. À la suite d'une faillite multinationale mettant en cause un réseau étendu de sociétés et d'entreprises, des créanciers peuvent avoir à se livrer, devant différents tribunaux de différents pays, à des tentatives coûteuses et inefficaces de préserver leur situation financière. Comme le juge Guthrie l'a fait remarquer en l'espèce (au par. 24) :

[TRADUCTION] Le choc des intérêts et la multitude de questions de conflit de lois que soulèvent les réorganisations ou les restructurations multinationales sont tels qu'il est remarquable que des réorganisations multinationales ou des liquidations concertées puissent même réussir.

(Citant E. B. Leonard, « Recognition and Access in International Insolvency Proceedings : The Canadian Perspective », exposé fait lors de la Conférence régionale des Amériques de l'INSOL International, tenue à Toronto, en mars 1995.)

Il était donc parfaitement loisible aux syndics belges de solliciter le concours des tribunaux canadiens pour qu'ils s'occupent d'une manière efficiente et efficace des éléments d'actif de la faillie, une société domiciliée en Belgique, qui se trouvent au Canada, même si les modifications majeures de 1997 ajoutant la partie XIII (« Insolvabilité en

Insolvency Act (the “Act”) had not then come into effect.

The initial order of Baker J., sitting in the Quebec Superior Court, Civil Chamber, had declared the bankruptcy order executory “in Quebec” only. It was apparently accepted that the inherent jurisdiction of that court could not dispose of a ship located in another province. Subsequent orders invoked the Quebec Superior Court’s jurisdiction “in bankruptcy”. The appellants contend that the grant of bankruptcy jurisdiction in s. 183 of the Act conferred cross-Canada jurisdiction to come to the aid of foreign bankruptcy courts even prior to enactment of Part XIII.

Section 183(1) invests a Canadian bankruptcy court with “such jurisdiction at law and in equity as will enable [it] to exercise original, auxiliary and ancillary jurisdiction in bankruptcy and in other proceedings authorized by this Act” (emphasis added). The word “bankruptcy” was defined in general terms by this Court in *In re The Moratorium Act (Sask.)*, [1956] S.C.R. 31, *per* Rand J., at p. 46:

Bankruptcy is a well understood procedure by which an insolvent debtor’s property is coercively brought under a judicial administration in the interests primarily of the creditors.

The Belgian bankruptcy arrangement fits that definition.

The appellants contend that s. 183 should not be read restrictively to limit the court’s jurisdiction (prior to enactment of Part XIII) to only Canadian bankruptcies. They point out that the definition of bankruptcy in s. 2 of the Act is not so restricted. In grammatical terms, the words “this Act” could and should, it is said, be read as qualifying “other proceedings” in the text quoted above rather than qualifying the entire phrase starting with “in bankruptcy”. Parliament must have assumed that Canadian bankruptcy courts had jurisdiction in relation to foreign bankruptcies when it conferred additional powers to assist “International

contexte international ») à la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (la « Loi ») n’étaient pas alors en vigueur.

L’ordonnance initiale du juge Baker, siégeant à la Chambre civile de la Cour supérieure du Québec, précisait que l’ordonnance de faillite était exécutoire « au Québec » seulement. Il était apparemment reconnu que la compétence inhérente de ce tribunal ne lui permettait pas d’aliéner un navire situé dans une autre province. Les ordonnances subséquentes faisaient appel à la compétence de la Cour supérieure du Québec en « matière de faillite ». Les appelants soutiennent que l’attribution de compétence en matière de faillite à l’art. 183 de la Loi conférait une compétence pancanadienne pour prêter concours aux tribunaux de faillite étrangers, même avant l’adoption de la partie XIII.

Le paragraphe 183(1) confère aux tribunaux de faillite canadiens « la compétence en droit et en équité qui doit leur permettre d’exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d’autres procédures autorisées par la présente loi » (je souligne). Notre Cour a donné une définition générale du mot « faillite » dans *In re The Moratorium Act (Sask.)*, [1956] R.C.S. 31, le juge Rand, p. 46 :

[TRADUCTION] La faillite est une procédure bien connue par laquelle les biens d’un débiteur insolvable passent de façon coercitive sous administration judiciaire principalement dans l’intérêt des créanciers.

Le concordat belge correspond à cette définition.

Les appelants soutiennent que l’art. 183 ne devrait pas être interprété restrictivement de manière à limiter la compétence du tribunal (avant l’adoption de la partie XIII) aux seules faillites canadiennes. Ils soulignent que la définition de la faillite donnée à l’art. 2 de la Loi n’est pas aussi restreinte. Sur le plan grammatical, les mots « la présente loi » pourraient et devraient, affirment-ils, être interprétés comme qualifiant, dans le texte précité, les « autres procédures » au lieu de tout le passage commençant par « en matière de faillite ». Le législateur doit avoir présumé que les tribunaux de faillite canadiens avaient compétence en matière de

33

34

35

Insolvencies” under the new Part XIII of the Act in 1997.

faillites survenues à l'étranger lorsqu'il a, en 1997, dans la nouvelle partie XIII de la Loi, conféré des pouvoirs additionnels de prêter concours en matière d'« [i]nsolvabilité en contexte international ».

36 It is not necessary to decide this point because, in my view, assuming, without deciding, that the Canadian bankruptcy court had jurisdiction in this respect, it had no power in the circumstances of this case to take over disposal of the Ship already subject to the process of the Federal Court and to order a permanent stay of the *in rem* action in the Federal Court, as was the purported effect of the June 28, 1996 order.

Il n'est pas nécessaire de statuer sur ce point parce qu'à mon sens à supposer, sans le décider, que le tribunal de faillite canadien avait compétence à cet égard, il n'avait pas le pouvoir, dans les circonstances de la présente affaire, d'aliéner le navire déjà assujéti à la procédure de la Cour fédérale et d'ordonner la suspension permanente de l'action *in rem* engagée devant la Cour fédérale, comme l'ordonnance du 28 juin 1996 était censée le faire.

37 I say this for three reasons:

Trois raisons m'incitent à faire cette affirmation :

1. The assertion of jurisdiction by the Canadian bankruptcy court did not oust the maritime law jurisdiction of the Federal Court;
2. The bankruptcy court had no power to deal with an asset (the Ship) already captured by the competent order of another superior court in Canada (the Federal Court); and
3. In any event, the issuance of what amounted to an “anti-suit injunction” against the parties before the Federal Court improperly attempted to restrict that court's ability to exercise its jurisdiction.

1. La déclaration de compétence par le tribunal de faillite canadien n'a pas supplanté la compétence de la Cour fédérale en droit maritime;
2. Le tribunal de faillite n'était pas habilité à s'occuper d'un élément d'actif (le navire) déjà visé par l'ordonnance valide d'une autre cour supérieure canadienne (la Cour fédérale);
3. En tout état de cause, la délivrance de ce qui constituait une « injonction anti-poursuites » contre les parties se trouvant devant la Cour fédérale visait à tort à restreindre la capacité de cette cour d'exercer sa compétence.

I will address these points in turn.

J'examinerai ces points à tour de rôle.

1. *The Assertion of Jurisdiction by the Canadian Bankruptcy Court Did Not Oust the Maritime Law Jurisdiction of the Federal Court*

1. *La déclaration de compétence par le tribunal de faillite canadien n'a pas supplanté la compétence de la Cour fédérale en droit maritime*

38 The maritime law aspect in this case is co-extensive with the claims of creditors who were adjudged, as a matter of Canadian law, to have security in the Ship. The proceedings are *in rem*. The Ship itself is the effective defendant. No relief was offered to creditors of the bankrupt shipowner who lacked a secured interest in the M/V “Brussel”.

L'aspect « droit maritime » en l'espèce coïncide avec les réclamations des créanciers à qui l'on a accordé, en droit canadien, une garantie sur le navire. Il s'agit de procédures *in rem*. Le défendeur est, en fait, le navire lui-même. Aucune réparation n'a été offerte aux créanciers du propriétaire failli du navire qui ne possédaient aucun droit garanti sur le N/M « Brussel ».

39 The appellant Trustees do not contest the statutory authority of the Federal Court under s. 22 of

Les syndics appelants ne contestent pas que l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, ch.

the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, and relevant rules, to do what it did in terms of maritime law. Their argument is that the supervening bankruptcy of the shipowner transformed a maritime law action into a bankruptcy matter, and this overrode the powers of the Federal Court which has no bankruptcy jurisdiction. This proposition is rejected for the reasons set out in the companion appeal of *Holt Cargo Systems Inc.*, *supra*.

The Federal Court's maritime jurisdiction, once properly engaged by the commencement of the *in rem* action and the arrest of the Ship on March 30, 1996, was never lost. The *subsequent* bankruptcy of the shipowner in Antwerp, initiated after Holt had taken steps in Canada to realize on its security, did not have that effect. All of the proceedings taken thereafter in the Federal Court were usual and normal maritime law proceedings against a ship. Moreover, all of the orders of the bankruptcy court (with the brief aberration of the *ex parte* order of June 11, 1996) contained the secured creditors provision, which expressly made the Trustees' claim to possession "subject however, to the rights, if any, of any creditors with claims secured under the laws of Canada, as by law provided".

The appellant Trustees contend that the secured creditors provision protected only secured rights acquired *initially* under Canadian law, such as the claim for fees by the Atlantic Pilotage Authority, and not secured rights acquired elsewhere, such as Holt's maritime lien. The provision, however, speaks of rights secured (not "acquired") under the laws of Canada, and a maritime lien acquired under the proper law of the debt (in this case the United States) is an interest protected and "secured" under Canadian law: *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680, and *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248.

F-7, et les règles pertinentes habilent la Cour fédérale à agir comme elle l'a fait sur le plan du droit maritime. Ils soutiennent que la faillite subséquente du propriétaire du navire a transformé une action en matière de droit maritime en une affaire de faillite et que la Cour fédérale, qui n'a aucune compétence en matière de faillite, a ainsi été dépossédée de ses pouvoirs. Cette thèse est rejetée pour les raisons exposées dans l'arrêt connexe *Holt Cargo Systems Inc.*, précité.

Une fois que son exercice a été régulièrement déclenché par l'introduction de l'action *in rem* et la saisie du navire le 30 mars 1996, la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime n'a jamais été perdue. La faillite *subséquente* du propriétaire du navire à Anvers, survenue après que Holt eut pris des mesures pour réaliser sa garantie au Canada, n'a pas eu cet effet. Toutes les procédures engagées par la suite devant la Cour fédérale étaient des procédures de droit maritime habituelles et normales contre un navire. En outre, toutes les ordonnances du tribunal de faillite (à l'exception de l'ordonnance *ex parte* du 11 juin 1996) contenaient la disposition concernant les créanciers garantis qui assujettissait expressément la réclamation de la possession par les syndics aux [TRADUCTION] « droits des créanciers dont les réclamations [étaient] garanties sous le régime des lois du Canada, conformément à la loi ».

Les syndics appelants soutiennent que la disposition concernant les créanciers garantis protégeait uniquement les droits garantis qui avaient été acquis *initialement* sous le régime du droit canadien, telle la réclamation d'honoraires de l'Administration de pilotage de l'Atlantique, et non les droits garantis acquis ailleurs, comme le privilège maritime de Holt. Toutefois, la disposition parle de droits garantis (et non « acquis ») sous le régime des lois du Canada, et un privilège maritime acquis sous le régime du droit applicable à la créance (en l'espèce le droit américain) est un droit protégé et « garanti » sous le régime du droit canadien : *The Strandhill c. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680, et *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248.

40

41

42

The insertion of the secured creditors provision was consistent with the policy of Canadian bankruptcy law. The Act provides a comprehensive scheme for the realization and distribution of a bankrupt's estate, including a broad statutory stay of execution or other proceeding for the recovery of a claim provable in bankruptcy (s. 69.3(1)). The statutory stay, however, does not apply to "prevent a secured creditor from realizing or otherwise dealing with his security in the same manner as he would have been entitled to realize or deal with it . . . unless the court otherwise orders" (s. 69.3(2)) (emphasis added). Had this been a Canadian bankruptcy, the most the court could have ordered was a stay of six months (s. 69.3(2)). This power was not invoked by the Canadian bankruptcy court in this case, perhaps because there was no Canadian bankruptcy as such.

43

This is not to say that foreign bankruptcy orders will only be recognized here if they faithfully mirror the provisions of Canadian bankruptcy law. It is to say, however, that protection of secured creditors is a strong public policy in our bankruptcy scheme, and on the facts of this case *Baker J. and Guthrie J.* quite appropriately gave effect to it in their respective orders.

44

Accordingly, not only did the intervention of the Canadian bankruptcy court fail to oust the jurisdiction of the Federal Court, the orders containing the secured creditors provision did not, as I view them, purport to do so.

2. The Bankruptcy Court Had No Power to Deal with an Asset (the Ship) Already Captured by the Competent Order of Another Superior Court in Canada, Namely the Federal Court

45

On April 5, 1996, the date of the bankruptcy, the Ship was in the possession of a Marshal of the Federal Court of Canada, not the bankrupt. The Marshal was acting under the order and supervision of the Federal Court. The bankruptcy court order of June 28, 1996 purported to dictate a different fate

L'insertion de la disposition concernant les créanciers garantis était compatible avec la politique du droit canadien en matière de faillite. La Loi établit un régime complet de réalisation et de répartition de l'actif d'un failli, comprenant une suspension générale de l'exécution ou autre procédure en vue du recouvrement de réclamations prouvables en matière de faillite (par. 69.3(1)). Toutefois, cette suspension prévue par la Loi ne permet pas « d'empêcher un créancier garanti de réaliser sa garantie ou de faire toutes autres opérations à son égard tout comme il aurait pu le faire [. . .] à moins que le tribunal n'en ordonne autrement » (par. 69.3(2)) (je souligne). Si la faillite était survenue au Canada, le tribunal aurait pu tout au plus ordonner une suspension de six mois (par. 69.3(2)). Ce pouvoir n'a pas été invoqué par le tribunal de faillite canadien en l'espèce, peut-être en raison de l'absence de faillite survenue au Canada.

Cela ne veut pas dire que les ordonnances de faillite délivrées à l'étranger ne seront reconnues au Canada que si elles reflètent fidèlement les dispositions du droit canadien en matière de faillite. Cela signifie, cependant, que la protection des créanciers garantis constitue une politique générale bien arrêtée de notre régime de faillite. Compte tenu des faits de la présente affaire, les juges *Baker* et *Guthrie* ont appliqué tout à fait à bon droit cette politique dans leurs ordonnances respectives.

Par conséquent, non seulement l'intervention du tribunal de faillite canadien n'a-t-elle pas supplanté la compétence de la Cour fédérale, mais les ordonnances contenant la disposition concernant les créanciers garantis n'étaient pas, selon moi, censées le faire.

2. Le tribunal de faillite n'était pas habilité à s'occuper d'un élément d'actif (le navire) déjà visé par l'ordonnance valide d'une autre cour supérieure canadienne, à savoir la Cour fédérale

Le 5 avril 1996, date de la faillite, le navire était en la possession du prévôt de la Cour fédérale du Canada, et non de la faillie. Le prévôt agissait sur l'ordre et sous la surveillance de la Cour fédérale. L'ordonnance du tribunal de faillite, datée du 28 juin 1996, était censée réserver au navire et au produit

for the Ship (if the sale did not close by July 12, 1996) and the proceeds of its sale than had been ordered by the Federal Court. The Marshal of the Federal Court was subjected to inconsistent directions from the two superior courts. This dilemma is unacceptable.

In *Bank of Montreal v. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 S.C.R. 546, the Court was confronted with an order of the Manitoba Court of Queen's Bench that purported to dispose of funds held by the Bank of Montreal which had previously been garnisheed under an order of the Quebec Superior Court. The Manitoba order declared the funds to be held in trust for claimants under the Manitoba *Builders and Workmen Act*, R.S.M. 1970, c. B90. The order of the Quebec Superior Court had a year earlier attached the same fund at the suit of the Manitoba Development Corporation and others. Compliance by the Bank of Montreal with the Manitoba court order would have been disobedient to the order of the Quebec Superior Court, and vice versa. On appeal from the Manitoba courts, Laskin C.J. stated, at p. 557:

Unless this Court is in a position (and it is not in these appeals) to rule on the validity of the Quebec garnishment, it cannot with any propriety approve an order of one provincial Court that purports to deal with assets already captured by the competent order of another provincial Court, and particularly an order of the Court of the province where those assets are situated.

While there is not the same geographic diversity of jurisdiction here, there is a diversity of subject matter jurisdiction, and in my opinion, the strictures of Laskin C.J. apply in this case. The Ship having been "captured" by the processes of the Federal Court, neither it nor the proceeds of its sale was available to be sent back to Belgium by a Canadian bankruptcy court.

de sa vente un sort différent (si la vente n'était pas conclue le 12 juillet 1996 au plus tard) de ce qui avait été ordonné par la Cour fédérale. Le prévôt de la Cour fédérale était aux prises avec les directives incompatibles de deux cours supérieures. Ce dilemme est inacceptable.

Dans l'affaire *Banque de Montréal c. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 546, notre Cour était aux prises avec une ordonnance de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, censée statuer sur le sort des fonds détenus par la Banque de Montréal qui avaient auparavant fait l'objet d'une saisie-arrêt conformément à une ordonnance de la Cour supérieure du Québec. L'ordonnance du tribunal manitobain déclarait que les fonds étaient détenus en fiducie pour les créanciers en vertu de la *Builders and Workmen Act*, R.S.M. 1970, ch. B90. Un an auparavant, les mêmes fonds avaient fait l'objet d'une ordonnance de saisie-arrêt délivrée par la Cour supérieure du Québec à la demande de la Manitoba Development Corporation et autres. Si la Banque de Montréal s'était conformée à l'ordonnance du tribunal manitobain, elle aurait alors désobéi à l'ordonnance de la Cour supérieure du Québec, et vice versa. À la suite d'un appel interjeté contre les décisions des tribunaux manitobains, le juge en chef Laskin a dit, à la p. 557 :

À moins qu'elle ne soit en mesure (et tel n'est pas le cas dans les pourvois présentement devant elle) de statuer sur la validité de la saisie-arrêt effectuée au Québec, il ne peut être convenable [que notre Cour] approuve une ordonnance d'un tribunal provincial ayant pour objet de statuer sur des biens qui sont soumis à une ordonnance régulière d'un autre tribunal provincial, et en particulier à une ordonnance du tribunal de la province du lieu de la situation de ces biens.

Bien que la même diversité géographique des ressorts ne soit pas en cause en l'espèce, il y a diversité des domaines de compétence et, à mon avis, les observations du juge en chef Laskin s'appliquent en l'espèce. Étant donné que le navire était « visé » par les procédures de la Cour fédérale, le tribunal de faillite canadien ne pouvait retourner en Belgique ni le navire lui-même ni le produit de sa vente.

3. *In Any Event, the Issuance of What Amounted to an "Anti-Suit Injunction" Against the Parties Before the Federal Court Improperly Attempted to Restrict That Court's Ability to Exercise Its Jurisdiction*

3. *En tout état de cause, la délivrance de ce qui constituait une « injonction anti-poursuites » contre les parties se trouvant devant la Cour fédérale visait à tort à restreindre la capacité de cette cour d'exercer sa compétence*

48

Although the Canadian bankruptcy court order of June 28, 1996 is not self-styled as an anti-suit injunction, and it does not name the parties before the Federal Court as defendants, nevertheless it is framed to have that effect. Payment of the proceeds of sale to the appellant Trustees in obedience to the bankruptcy court order of June 28, 1996 would require disobedience to the Federal Court order of May 17, 1996. In effect, after the Federal Court refused a stay, the bankruptcy court arrogated to itself the authority to take over the future course of events. It was indirectly disposing of a ship in the possession of another superior court which, as I have suggested, it could not do directly.

Même si l'ordonnance du tribunal de faillite canadien, datée du 28 juin 1996, ne se veut pas une injonction anti-poursuites et ne désigne pas les parties devant la Cour fédérale comme étant défendresses, elle est néanmoins rédigée de manière à avoir cet effet. Le versement du produit de la vente aux syndics appelants conformément à l'ordonnance du tribunal de faillite, datée du 28 juin 1996, forcerait à désobéir à l'ordonnance de la Cour fédérale, datée du 17 mai 1996. En fait, après que la Cour fédérale eut refusé une suspension, le tribunal de faillite s'est arrogé le pouvoir de contrôler le déroulement futur des événements. Il se trouvait à aliéner indirectement un navire en la possession d'une autre cour supérieure, ce qu'il ne pouvait faire directement, comme je l'ai indiqué.

49

Even a foreign court could normally expect a higher degree of deference. While this appeal raises issues of bankruptcy court jurisdiction rather than *forum non conveniens*, the discussion in *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, at p. 932, is apposite:

Même un tribunal étranger pourrait normalement s'attendre à plus de déférence. Bien que le présent pourvoi soulève des questions de compétence du tribunal de faillite plutôt que des questions de *forum non conveniens*, l'analyse effectuée dans *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, p. 932, est pertinente :

If, applying the principles relating to *forum non conveniens* outlined above, the foreign court could reasonably have concluded that there was no alternative forum that was clearly more appropriate, the domestic court should respect that decision and the application should be dismissed. When there is a genuine disagreement between the courts of our country and another, the courts of this country should not arrogate to themselves the decision for both jurisdictions. [Emphasis added.]

Si, en appliquant les principes relatifs au *forum non conveniens* exposés plus haut, le tribunal étranger avait pu raisonnablement conclure qu'aucun autre tribunal n'était nettement plus approprié, le tribunal interne devrait respecter cette décision et rejeter la demande. En cas de désaccord véritable entre les tribunaux de notre pays et ceux d'un autre, nos tribunaux ne devraient pas s'arroger la décision qui relève des deux juridictions. [Je souligne.]

50

Here there was a valid *in rem* action proceeding in the Federal Court. The maritime law jurisdiction was not obliterated by the supervening bankruptcy. The orders of the bankruptcy court did not "occupy the field" to the exclusion of the Federal Court. On the contrary, as stated, the June 28, 1996 order of the Canadian bankruptcy court made the authority and power of the appellants subject to the

En l'espèce, la Cour fédérale était saisie d'une action *in rem* valide. La compétence en matière de droit maritime n'a pas été anéantie par la faillite subséquente. Les ordonnances du tribunal de faillite n'ont pas « occupé tout le champ » au détriment de la Cour fédérale. Au contraire, comme nous l'avons vu, l'ordonnance du 28 juin 1996 délivrée par le tribunal de faillite canadien assujettissait les pouvoirs

rights of secured creditors. The Canadian bankruptcy court ought not, at one and the same time, to have seemingly protected the rights of secured creditors (equivalent, in any event, to the protection they would have enjoyed in a Canadian bankruptcy) while at the same time preventing Holt and other secured creditors of the Ship from proceeding under maritime law with the realization of their security before the Federal Court.

The Trustees rely on the principles of international comity but, as pointed out by this Court in *Morguard*, *supra*, the considerations underlying rules of comity apply with even greater force between the units of a federal state than they do internationally (p. 1098). In that case, it will be recalled, a British Columbia resident was successfully sued in Alberta on an Alberta mortgage even though he had no continuing connection with that province. It was held, *per* La Forest J., at p. 1102, that courts in one province should give “full faith and credit” to judgments given by a court in another province or territory, so long as that court has “appropriately exercised” its jurisdiction. This case was referred to by Guthrie J. in his reasons of June 28, 1996 (at para. 30), but he seems to have been attracted more by La Forest J.’s references to international comity than to the *ratio decidendi* of the case which is, to repeat, that “full faith and credit” is owed by Canadian courts to each other when acting appropriately within their respective jurisdictions.

The rationale adopted by this Court in *Morguard* applies to the present appeal. The Federal Court, with a statutory grant of maritime law jurisdiction, was engaged in the determination of claims within its statutory jurisdiction. It possessed no bankruptcy jurisdiction and needed none for the task at hand. After giving consideration to the order of Baker J. dated May 9, 1996, it proceeded to render default judgment and arrange for the appraisal and sale of the Ship, as it was entitled to do.

des appelants aux droits des créanciers garantis. Le tribunal de faillite canadien ne devait pas, à la fois, protéger en apparence les droits des créanciers garantis (en leur assurant une protection équivalente, en tout état de cause, à celle dont ils auraient bénéficié dans le cadre d’une faillite survenue au Canada), et empêcher Holt et d’autres créanciers garantis du navire de réaliser, sous le régime du droit maritime, leur garantie devant la Cour fédérale.

Les syndics invoquent les principes de la courtoisie internationale mais, comme l’a souligné notre Cour dans l’arrêt *Morguard*, précité, p. 1098, les considérations qui sous-tendent les règles de courtoisie s’appliquent avec beaucoup plus de force entre les éléments d’un État fédéral qu’elles le font sur le plan international. On se rappellera que, dans cette affaire, un résidant de la Colombie-Britannique avait été poursuivi avec succès en Alberta pour une hypothèque grevant des biens-fonds situés en Alberta, même s’il n’avait plus aucun lien avec cette province. Le juge La Forest a statué, à la p. 1102, que les tribunaux d’une province devraient « reconnaître totalement » les jugements rendus par un tribunal d’une autre province ou d’un territoire, pourvu que ce tribunal ait « convenablement exercé » sa compétence. Dans ses motifs du 28 juin 1996 (au par. 30), le juge Guthrie a renvoyé à cet arrêt, mais il semble s’être intéressé davantage aux mentions de la courtoisie internationale par le juge La Forest qu’à la *ratio decidendi* de l’affaire, savoir, rappelons-le, que les tribunaux canadiens se doivent une « reconnaissance totale » mutuelle lorsqu’ils agissent convenablement dans les limites de leurs compétences respectives.

Le raisonnement adopté par notre Cour dans l’arrêt *Morguard* s’applique au présent pourvoi. La Cour fédérale, à qui la loi attribue une compétence en matière de droit maritime, procédait à l’examen de réclamations relevant de sa compétence. Elle n’avait aucune compétence en matière de faillite et n’en avait besoin d’aucune pour s’acquitter de la tâche qui lui incombait. Après avoir examiné l’ordonnance du juge Baker, datée du 9 mai 1996, elle a rendu un jugement par défaut et pris des mesures pour que le navire soit évalué et vendu, comme elle avait le droit de le faire.

53

At the same time, the Canadian bankruptcy court exercised a distinct and separate jurisdiction in coming to the aid of the Trustees of the estate of the bankrupt shipowner. The Trustees had a proper role in protecting the interests of the bankrupt shipowner in this country, and the intervention of the Canadian bankruptcy court was potentially useful in that regard. The bankruptcy court's support for international coordination of bankruptcies that engage different national jurisdictions has much merit, as does its condemnation of delay created by narrow "national prejudices". The issue here, however, relates to jurisdiction, not judicial policy. Once it determined that the Federal Court had maritime law jurisdiction to deal with the Ship, the Canadian bankruptcy court ought to have recognized that the Trustees' proper remedy was a stay application to that court. It ought not to have issued what amounted to an anti-suit injunction against the litigants in the Federal Court.

54

The appellant Trustees did in fact move for a stay in the Federal Court and acted entirely properly in bringing to the attention of that court the orders of the Belgian bankruptcy court (which were addressed to "all" Canadian courts) in support of their application for a stay of proceedings. With or without the intervention of the Canadian bankruptcy court, then, it was open to MacKay J. of the Federal Court to enter a stay if he considered it appropriate to do so, or to decline to accede to the request of the appellant Trustees, which he did.

55

Had the bankruptcy occurred in Canada instead of Belgium on April 5, 1996, the Quebec Superior Court would have had no authority to command the Federal Court to stay the proper discharge of its maritime law jurisdiction. The Quebec Superior Court did not acquire by its endorsement of international comity a jurisdiction it did not otherwise have.

V. Conclusion

56

I would therefore dismiss the appeal with costs.

Au même moment, le tribunal de faillite canadien a exercé une compétence séparée et distincte en prêtant son concours aux syndics de l'actif du propriétaire failli du navire. Les syndics avaient pour fonction légitime d'assurer la protection des intérêts du propriétaire du navire au Canada, et l'intervention du tribunal de faillite canadien pouvait être utile à cet égard. L'aval donné par le tribunal de faillite à la coordination internationale des faillites mettant en cause différents ressorts nationaux présente un intérêt considérable, tout comme sa condamnation des retards dus aux « préjugés nationaux » mesquins. En l'espèce toutefois, la question qui se pose est une question de compétence et non de politique judiciaire. Après avoir décidé que la Cour fédérale pouvait s'occuper du navire en vertu de sa compétence en matière de droit maritime, le tribunal de faillite canadien aurait dû reconnaître que le recours approprié des syndics consistait à solliciter une suspension devant cette cour. Il n'aurait pas dû délivrer ce qui constituait une injonction anti-poursuites contre les parties devant la Cour fédérale.

Les syndics appelants ont, en réalité, demandé une suspension en Cour fédérale et ont agi tout à fait correctement en attirant l'attention de cette cour sur les ordonnances du tribunal de faillite belge (qui s'adressaient à « tout » tribunal canadien) pour appuyer leur demande de suspension des procédures. Donc, avec ou sans l'intervention du tribunal de faillite canadien, le juge MacKay de la Cour fédérale pouvait ordonner une suspension s'il jugeait opportun de le faire, ou encore rejeter la demande des syndics appelants, comme il l'a fait.

Si la faillite était survenue au Canada plutôt qu'en Belgique le 5 avril 1996, la Cour supérieure du Québec n'aurait pas eu le pouvoir d'ordonner à la Cour fédérale de suspendre l'exercice légitime de sa compétence en matière de droit maritime. En avalisant la courtoisie internationale, la Cour supérieure du Québec n'a pas acquis une compétence qu'elle n'avait pas par ailleurs.

V. Conclusion

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appendix: Summary of Court Proceedings1996

March 30 Holt initiates *in rem* proceedings in the Federal Court, Trial Division (“FCTD”) against the Ship and its owners; the Ship is arrested and taken into the custody of the local Sheriff at Halifax as Marshal of the Federal Court.

April 5 Shipowner declared bankrupt by Belgian bankruptcy court.

May 3 Trustees cause motion to be made in FCTD to move Ship from anchor to a “safe berth” at Halifax and to “remain under arrest” at its new location “until further orders are given by this Court”. Order granted. The Ship was moved and remained there until its sale closed on August 1, 1996.

May 7 Holt applies to FCTD for default judgment and an order for the appraisal and sale of the Ship.

May 9 *Trustees apply to the Quebec Superior Court (not specified to be sitting in Bankruptcy) for an order that the April 5, 1996 judgment of the Belgian bankruptcy court “be recognized and declared executory in Quebec” (emphasis added). Order granted by Baker J. who also ordered that the property of the bankrupt be vested in the Trustees subject to the rights “of any creditors with claims secured under the laws of Canada” (emphasis added).*

May 13 Trustees unsuccessfully seek adjournment of Holt’s motions for default judgment, appraisal, and sale of the Ship.

Annexe : Résumé des procédures judiciaires1996

30 mars Holt intente devant la Section de première instance de la Cour fédérale une action *in rem* contre le navire et ses propriétaires; le navire est saisi et placé sous la garde du shérif local de Halifax, en sa qualité de prévôt de la Cour fédérale.

5 avril Le propriétaire du navire est mis en faillite par le tribunal de faillite belge.

3 mai Les syndics déposent une requête devant la Section de première instance de la Cour fédérale pour que le navire soit déplacé vers un [TRADUCTION] « poste d’amarrage sûr » à Halifax et pour qu’il y « demeure sous saisie jusqu’à ce que notre cour en ordonne autrement ». L’ordonnance est accordée. Le navire est déplacé et reste au même endroit jusqu’à sa vente, le 1^{er} août 1996.

7 mai Holt demande à la Section de première instance de la Cour fédérale de rendre un jugement par défaut et une ordonnance d’évaluation et de vente du navire.

9 mai *Les syndics déposent une requête devant la Cour supérieure du Québec (non désignée comme siégeant en matière de faillite) en vue d’obtenir une ordonnance [TRADUCTION] « reconna[issant] et déclar[ant] exécutoire au Québec » le jugement du tribunal de faillite belge, daté du 5 avril 1996 (je souligne). L’ordonnance est accordée par le juge Baker qui ordonne également que les biens de la faillie soient dévolus aux syndics sous réserve des droits [TRADUCTION] « des créanciers dont les réclamations sont garanties sous le régime des lois du Canada » (je souligne).*

13 mai Les syndics sollicitent en vain l’ajournement des requêtes en obtention de jugement par défaut, d’évaluation et de vente du navire présentées par Holt.

- | | | | |
|--------|--|--------|--|
| May 14 | No defence to Holt's claim having been filed, FCTD grants default judgment against the Ship in the amount of \$572,128.06 (subject to further verification as to amount) to be paid out of the proceeds of sale of the Ship or any bail posted by the Trustees for its release from arrest. | 14 mai | Aucune défense n'ayant été produite contre la réclamation de Holt, la Section de première instance de la Cour fédérale rend contre le navire un jugement par défaut ordonnant de verser la somme de 572 128,06 \$ (sous réserve d'une vérification ultérieure du montant) sur le produit de la vente du navire ou sur tout cautionnement constitué par les syndics pour la levée de la saisie du navire. |
| May 16 | Trustees obtain from the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York a <i>temporary</i> restraining order enjoining Holt and other creditors from disposing of the bankrupt's property in the United States or prosecuting claims against it or its property in the United States. Court refuses to enjoin United States creditors (including Holt) from pursuing claims against the bankrupt company or its assets in jurisdictions outside the United States. | 16 mai | Les syndics obtiennent de la United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, une injonction <i>provisoire</i> interdisant à Holt et aux autres créanciers d'aliéner les biens de la faillie situés aux États-Unis ou d'intenter des poursuites contre elle ou ses biens aux États-Unis. Le tribunal refuse d'interdire aux créanciers américains (dont Holt) d'intenter des poursuites contre la société faillie ou contre ses biens situés dans des ressorts à l'extérieur des États-Unis. |
| May 17 | FCTD orders appraisal and sale of the Ship subject to judicial confirmation. | 17 mai | La Section de première instance de la Cour fédérale ordonne l'évaluation et la vente du navire sous réserve d'une confirmation judiciaire. |
| May 27 | Trustees apply to FCTD for reconsideration and a stay of the default judgment of May 14, 1996 and the order of appraisal and sale of May 17, 1996, and file a notice of appeal to the Federal Court of Appeal from the default judgment. | 27 mai | Les syndics demandent à la Section de première instance de la Cour fédérale le réexamen et la suspension du jugement par défaut rendu le 14 mai 1996 et de l'ordonnance d'évaluation et de vente du 17 mai 1996, et déposent un avis d'appel contre le jugement par défaut auprès de la Cour d'appel fédérale. |
| June 7 | Trustees apply to FCTD for the first time to be added as parties to the Federal Court action for the purpose of filing a conditional appearance and renewing motions for reconsideration and a stay of proceedings for six months. The Trustees did not undertake to file a defence. | 7 juin | Les syndics demandent pour la première fois à la Section de première instance de la Cour fédérale d'être constitués parties à l'action en Cour fédérale aux fins de déposer un acte de comparution conditionnelle et de renouveler les requêtes en réexamen et en suspension des procédures pour une période de six mois. Les syndics ne s'engagent pas à produire une défense. |

- June 10 Trustees obtain an order from the Belgian bankruptcy court requesting the aid of Canadian courts to deliver to the Trustees the Ship free and clear of “all measures of attachment”, to suspend all pending proceedings of “attachment”, and to require any further claims against moveables to be prosecuted only against the Trustees under the laws of Belgium.
- 10 juin Les syndics obtiennent du tribunal de faillite belge une ordonnance sollicitant le concours des tribunaux canadiens afin de remettre le navire aux syndics, libre et quitte de [TRADUCTION] « toutes mesures de saisie-arrêt », de suspendre toutes procédures de « saisie-arrêt » en cours et d’exiger que toutes autres réclamations contre les biens meubles ne soient présentées que contre les syndics conformément aux lois de la Belgique.
- June 11 *Trustees apply ex parte to Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy and, without disclosing Federal Court proceedings, obtain an order “coming to the aid” of the Belgian Court to implement its order of June 10. Halperin J. temporarily suspended some provisions of his order to permit notification of interested parties and further submissions.*
- 11 juin *Les syndics déposent une requête ex parte devant la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite et, sans divulguer les procédures devant la Cour fédérale, obtiennent une ordonnance enjoignant de « prêter concours » au tribunal belge en ce qui a trait à l’exécution de son ordonnance du 10 juin. Le juge Halperin suspend temporairement l’application de certaines dispositions de son ordonnance pour que les parties intéressées puissent être avisées et pour que d’autres observations puissent être présentées.*
- June 12 FCTD adds Trustees as defendants and permits them to file a conditional appearance. Trustees file no defence. FCTD also adds as an intervener Société Nationale de Crédit à l’Industrie S.A. (“SNCP”), the Belgian state bank that holds first and second ranking mortgages on the Ship that total about \$68 million.
- 12 juin La Section de première instance de la Cour fédérale constitue les syndics parties défenderesses et leur permet de déposer un acte de comparution conditionnelle. Les syndics ne produisent aucune défense. La Section de première instance de la Cour fédérale constitue également partie intervenante la Société Nationale de Crédit à l’Industrie S.A. (« SNCP »), la banque d’État belge qui détient sur le navire des hypothèques de premier et de second rang totalisant environ 68 000 000 \$.
- June 14 The Trustees request that “the action be stayed ‘pending final disposition of the matter by the [Quebec] Superior Court . . .’” sitting in Bankruptcy. Their application is dismissed the same day.
- 14 juin Les syndics demandent que [TRADUCTION] « l’action soit suspendue en attendant le règlement définitif de l’affaire par la Cour supérieure [du Québec] » siégeant en matière de faillite. Leur requête est rejetée le même jour.

- | | | | |
|----------|--|----------------------|---|
| June 28 | <i>Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy, per Guthrie J., confirms June 11 order, but varies it to allow FCTD to sell the Ship provided proceeds of sale are paid to Trustees to be distributed to creditors in accordance with Belgian bankruptcy law. If the sale does not proceed as scheduled, FCTD is to deliver possession of the Ship to the Trustees. The Quebec Superior Court "calls in aid" the Supreme Court of Nova Scotia in Bankruptcy to assist if necessary to "give effect to the present judgment".</i> | 28 juin | <i>Le juge Guthrie de la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite confirme l'ordonnance du 11 juin, mais il la modifie de façon à permettre à la Section de première instance de la Cour fédérale de vendre le navire à la condition que le produit de la vente soit versé aux syndics pour qu'ils le répartissent entre les créanciers conformément au droit belge en matière de faillite. Si la vente n'est pas conclue comme prévu, la Section de première instance de la Cour fédérale doit remettre le navire aux syndics. La Cour supérieure du Québec « sollicite le concours » de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse ayant compétence en matière de faillite, dans la mesure où ce concours pourra être nécessaire pour « exécuter le présent jugement ».</i> |
| July 8 | <i>The order of Guthrie J. is appealed to the Quebec Court of Appeal, thereby staying further bankruptcy proceedings in Canada until disposition of the appeal. Trustees seek to lift the stay without success.</i> | 8 juillet | <i>Un appel est interjeté devant la Cour d'appel du Québec contre l'ordonnance du juge Guthrie, et les autres procédures de faillite au Canada sont ainsi suspendues jusqu'à ce que l'appel soit tranché. Les syndics sollicitent en vain la levée de la suspension.</i> |
| July 9 | FCTD orders M/V "Brussel" to be sold by auction. | 9 juillet | La Section de première instance de la Cour fédérale ordonne la vente aux enchères du N/M « Brussel ». |
| July 24 | FCTD approves highest bid of US\$4.6 million for the Ship. | 24 juillet | La Section de première instance de la Cour fédérale approuve la soumission de 4 600 000 \$US qui est la plus élevée pour le navire. |
| August 1 | Ship sold and proceeds paid into FCTD. | 1 ^{er} août | Le navire est vendu et le produit de la vente est versé à la Section de première instance de la Cour fédérale. |
| Sept. 19 | Trustees apply to FCTD, based in part on June 28 order of Quebec Superior Court, to have sale proceeds paid out to them. | 19 sept. | Se fondant en partie sur l'ordonnance délivrée le 28 juin par la Cour supérieure du Québec, les syndics demandent à la Section de première instance de la Cour fédérale de leur verser le produit de la vente. |

1997

April 9 FCTD rules that no payment is to be made to the Trustees unless they post adequate security to cover claims of secured creditors, "including those that establish a claim as a secured creditor by virtue of a maritime lien or a mortgage or other secured claim, in relation to the ship "Brussel", as recognized under Canadian maritime law". Trustees appeal to the Federal Court of Appeal.

1999

March 12 Federal Court of Appeal dismisses appeal from FCTD judgment dated April 9, 1997. (It is this judgment which forms the basis of the companion appeal to this Court.)

2000

Feb. 11 FCTD concludes that only secured creditors ranking ahead of the SNCI mortgage will be paid out of the proceeds of the Ship's sale.

March 14 *The Quebec Court of Appeal allows in part the appeal from the order of Guthrie J. dated June 28, 1996.*

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Goldstein, Flanz & Fishman, Montréal.

Solicitors for the respondents: Ogilvy Renault, Montréal.

1997

9 avril La Section de première instance de la Cour fédérale statue qu'aucun versement ne sera fait aux syndics à moins qu'ils ne constituent un cautionnement suffisant pour satisfaire aux réclamations des créanciers garantis « reconnus en droit maritime canadien, y compris ceux qui établissent une réclamation en qualité de créancier garanti en vertu d'un privilège maritime ou d'une hypothèque maritime ou autre réclamation garantie, visant le navire "Brussel" ». Les syndics interjettent appel devant la Cour d'appel fédérale.

1999

12 mars La Cour d'appel fédérale rejette l'appel interjeté contre le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale, daté du 9 avril 1997. (C'est ce jugement qui est à l'origine du pourvoi connexe devant notre Cour.)

2000

11 fév. La Section de première instance de la Cour fédérale conclut que seuls les créanciers garantis ayant priorité de rang sur l'hypothèque de la SNCI seront payés sur le produit de la vente du navire.

14 mars *La Cour d'appel du Québec accueille en partie l'appel interjeté contre l'ordonnance du juge Guthrie, datée du 28 juin 1996.*

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Goldstein, Flanz & Fishman, Montréal.

Procureurs des intimées : Ogilvy Renault, Montréal.

Azco Mining Inc. *Appellant*

v.

Sam Lévy & Associés Inc. *Respondent*

INDEXED AS: SAM LÉVY & ASSOCIÉS INC. v. AZCO MINING INC.

Neutral citation: 2001 SCC 92.

File No.: 27876.

2001: May 15; 2001: December 20.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Bankruptcy and insolvency — Courts — Jurisdiction — Trustee presenting petitioner to Quebec Superior Court sitting in bankruptcy seeking to “recuperate” assets held by company with office in British Columbia — Company bringing motion to transfer petition to British Columbia — Whether Superior Court lacked subject matter jurisdiction over petition — Whether Superior Court erred in exercising discretion against making transfer order — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-1, s. 187(7).

The appellant is a company incorporated under the laws of Delaware, offering venture capital services from its office in British Columbia. In 1996, a deal involving the financing of an African gold mine was struck between the appellant and Eagle, a company with offices in Quebec. The parties reduced their agreement to a series of documents, each of which contained a clause stating that the agreement was to be governed by the laws of British Columbia. In September 1997, Eagle was adjudged bankrupt by the Quebec Superior Court sitting in bankruptcy and the respondent firm was appointed trustee in bankruptcy. In January 1999, the respondent trustee presented a petition seeking to “recuperate” the assets of Eagle, including the monetary value of numerous shares held or controlled by the appellant. The appellant then brought a motion to transfer the petition “to the Supreme Court of British Columbia, Bankruptcy

Azco Mining Inc. *Appelante*

c.

Sam Lévy & Associés Inc. *Intimée*

RÉPERTORIÉ : SAM LÉVY & ASSOCIÉS INC. c. AZCO MINING INC.

Référence neutre : 2001 CSC 92.

N^o du greffe : 27876.

2001 : 15 mai; 2001 : 20 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite et insolvabilité — Tribunaux — Compétence — Présentation à la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite d'une requête du syndic visant à « recouvrer » des biens retenus par une société ayant un bureau en Colombie-Britannique — Présentation par la société d'une requête sollicitant le renvoi en Colombie-Britannique de la requête en recouvrement de biens — La Cour supérieure était-elle incompétente ratione materiae pour entendre la requête en recouvrement de biens? — La Cour supérieure a-t-elle commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour refuser de renvoyer l'affaire? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-1, art. 187(7).

L'appelante est une société constituée sous le régime des lois du Delaware, offrant du capital de risque à partir de son bureau en Colombie-Britannique. En 1996, l'appelante et Eagle, une société ayant des bureaux au Québec, ont conclu une opération concernant le financement d'une mine d'or africaine. Les parties ont consigné leur entente dans une série de documents, dont chacun contenait une clause portant que le contrat était régi par les lois de la Colombie-Britannique. En septembre 1997, Eagle a été déclarée en faillite par la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite et la société intimée a été nommée syndic de la faillite. En janvier 1999, le syndic intimé a présenté une requête visant à « recouvrer » des biens de Eagle, y compris la valeur pécuniaire de nombreuses actions détenues ou contrôlées par l'appelante. L'appelante a alors présenté une requête sollicitant le renvoi de la requête en recouvrement de biens « à la Division des faillites de la Cour suprême de

Division of Vancouver”. The appellant’s motion was dismissed. The Court of Appeal unanimously upheld that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

The bankruptcy petition was properly filed in the Quebec Superior Court sitting in bankruptcy. A creditor is required to file a bankruptcy petition in the court having jurisdiction in the judicial district of the locality of the debtor. Eagle carried on business in Quebec and its only connection to British Columbia was that the agreements between itself and the appellant referred to the law of that province. Nothing in the evidence suggested that the bankruptcy court in Quebec lacked subject matter jurisdiction over the petition or personal jurisdiction over Eagle when it made the receiving order. The bankruptcy court thereby acquired jurisdiction to deal with matters affecting the bankrupt estate arising in British Columbia. The *Bankruptcy and Insolvency Act* establishes a nationwide scheme for the adjudication of bankruptcy claims. Section 188(1) ensures that orders made by the bankruptcy court sitting in one province can and will be enforced across the country.

The bankruptcy court does not lack subject matter jurisdiction over the dispute because it is a contract case. While a trustee’s claim in relation to a “stranger to the bankruptcy” or lacking the “complexion of a matter in bankruptcy” should be brought in the ordinary civil courts, if the contractual dispute properly relates to the subject matter of the bankruptcy proceedings, the fact it also has a property and civil rights aspect does not in any way impair the bankruptcy court’s jurisdiction. Here, far from being a “stranger” to the bankruptcy, the appellant is potentially the most significant player in the role of either creditor or debtor, as the case may be. Further, while the bankruptcy court does not have the general jurisdiction of a civil court to award damages in breach of contract cases, the trustee’s claim is not properly characterized as a claim in damages but as a claim to specific property of the bankrupt which is being wrongfully withheld by the appellant.

The *Bankruptcy and Insolvency Act prima facie* establishes one command centre or “single control” for all proceedings related to the bankruptcy. “Single control” is not necessarily inconsistent with transferring particular disputes elsewhere, but a creditor (or debtor) who wishes to fragment the proceedings, and who cannot claim to be a “stranger to the bankruptcy”, has the burden of demonstrating “sufficient cause” under s. 187(7) to send the trustee scurrying to multiple jurisdictions. The

la Colombie-Britannique à Vancouver ». La requête de l’appelante a été rejetée. La Cour d’appel a confirmé cette décision à l’unanimité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La requête en faillite a été déposée à bon droit devant la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite. Le créancier doit déposer une requête de mise en faillite auprès du tribunal compétent dans le district judiciaire de la localité du débiteur. Eagle faisait affaire au Québec et son seul lien avec la Colombie-Britannique tenait au fait que les contrats entre elle et l’appelante renvoyaient aux lois de cette province. Aucun élément de preuve ne laissait croire que le tribunal de faillite du Québec n’avait pas compétence *ratione materiae* sur la requête de mise en faillite et compétence *ratione personae* sur Eagle lorsqu’il a rendu l’ordonnance de séquestre. Le tribunal de faillite a ainsi acquis la compétence pour trancher les affaires touchant l’actif du failli qui ont pris naissance en Colombie-Britannique. La *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* établit un régime national de règlement des demandes en matière de faillite. Le paragraphe 188(1) prévoit que les ordonnances du tribunal de faillite siégeant dans une province sont exécutoires et exécutées partout au pays.

Le tribunal de faillite ne perd pas compétence sur l’objet du litige parce qu’il s’agit d’une affaire contractuelle. Bien qu’une demande du syndic qui est dirigée contre un « étranger à la faillite » ou qui n’est pas de la « nature d’une affaire de faillite » doive être présentée aux tribunaux civils ordinaires, si le litige contractuel se rapporte bel et bien à la faillite, le fait que ce litige comporte également un aspect touchant la propriété et les droits civils n’écarte aucunement la compétence du tribunal de faillite. En l’espèce, loin d’être une « étrangère » à la faillite, l’appelante en est potentiellement le joueur le plus important, que ce soit en qualité de créancière ou de débitrice, selon le cas. De plus, même si le tribunal de faillite ne possède pas la compétence générale d’un tribunal civil pour accorder des dommages-intérêts à la suite de la rupture d’un contrat, on ne peut qualifier la demande du syndic de simple demande en dommages-intérêts, car il s’agit plutôt d’une demande de recouvrement de biens précis du failli que l’appelante retient sans droit.

La *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* établit à première vue un centre de commandement ou un « contrôle unique » pour la totalité des procédures liées à la faillite. Le « contrôle unique » n’est pas nécessairement incompatible avec le renvoi de litiges particuliers à d’autres ressorts, mais le créancier (ou le débiteur) qui désire fragmenter les procédures et qui ne peut pas prétendre être un « étranger à la faillite » a le fardeau de démontrer l’existence d’un « motif suffisant » au sens du par.

motions judge was entitled to conclude that the facts of this case do not show “sufficient cause” to require the transfer to British Columbia.

The relevant agreements to which the appellant and Eagle were parties contained choice of law, not choice of forum provisions, and the Quebec courts are perfectly able to apply the law of British Columbia. Furthermore, arts. 3148 and 3135 of the *Civil Code of Québec* would only apply in bankruptcy court “[i]n cases not provided for in the Act or . . . Rules”. Since s. 187(7) of the Act specifically provides that a transfer will not be ordered unless there is satisfactory proof that a proceeding will be “more economically administered” in another division or district or “for other sufficient cause”, these particular provisions of the Code can have no application. Where, unlike in this case, a defendant has the benefit of a choice of forum clause, such a clause ought to be taken into careful consideration by a motions judge under s. 187(7) but it is not binding.

Cases Cited

Followed: *Stewart v. LePage* (1916), 53 S.C.R. 337; *In re Ireland* (1962), 5 C.B.R. (N.S.) 91; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90; **distinguished:** *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; **referred to:** *Attorney-General for Alberta v. Atlas Lumber Co.*, [1941] S.C.R. 87; *Boily v. McNulty*, [1928] S.C.R. 182; *In re Mount Royal Lumber & Flooring Co.* (1926), 8 C.B.R. 240; *Associated Freezers of Canada Inc. (Trustee of) v. Retail, Wholesale Canada, Local 1015* (1996), 39 C.B.R. (3d) 311; *Kansa General International Insurance Co. (Liquidation de)*, [1998] R.J.Q. 1380; *In re Morris Lofsky* (1947), 28 C.B.R. 164; *Sigurdson v. Fidelity Insurance Co.* (1980), 35 C.B.R. (N.S.) 75; *Re Holley* (1986), 54 O.R. (2d) 225; *Falvo Enterprises Ltd. v. Price Waterhouse Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 336; *In re The Moratorium Act (Sask.)*, [1956] S.C.R. 31; *Union St. Jacques de Montreal v. Bélisle* (1874), L.R. 6 P.C. 31; *Ellis v. Silber* (1872), L.R. 8 Ch. App. 83; *Cry-O-Beef Ltd./Cri-O-Bœuf Ltée (Trustees of) v. Caisse Populaire de Black-Lake* (1987), 66 C.B.R. (N.S.) 19; *In re Martin* (1953), 33 C.B.R. 163; *In re Reynolds* (1928), 10 C.B.R. 127; *Re Galaxy Interiors Ltd.* (1971), 15 C.B.R. (N.S.) 143; *Mancini (Trustee of) v. Falconi* (1987), 65 C.B.R. 246; *Geoffrion v. Barnett*, [1970] C.A. 273; *Arctic Gardens inc. (Syndic de)*, [1990] R.J.Q. 6; *Excavations Sanoduc inc. v. Morency*, [1991]

187(7), justifiant que le syndic doit accourir dans plusieurs ressorts. Le juge des requêtes pouvait conclure que les faits ne faisaient pas ressortir un « motif suffisant » pour renvoyer l'instance en Colombie-Britannique.

Les contrats pertinents auxquels l'appelante et Eagle étaient parties contenaient une clause exprimant le choix des lois applicables, et non une clause d'élection de for, et les tribunaux québécois sont parfaitement capables d'appliquer les lois de la Colombie-Britannique. Par ailleurs, les art. 3148 et 3135 du *Code civil du Québec* ne s'appliqueraient dans une instance devant le tribunal de faillite que « [d]ans les cas non prévus par la Loi ou les [. . .] règles ». Étant donné que le par. 187(7) de la Loi prévoit explicitement que le renvoi n'est ordonné que lorsqu'il est prouvé de façon satisfaisante qu'une instance sera « administré[e] d'une manière plus économique » dans une autre division ou dans un autre district ou « pour un autre motif suffisant », ces dispositions particulières du Code ne s'appliquent pas. Lorsqu'un défendeur, contrairement au défendeur en l'espèce, bénéficie d'une clause d'élection de for, le juge des requêtes doit examiner cette clause avec soin en application du par. 187(7), mais il n'est pas lié par elle.

Jurisprudence

Arrêts suivis : *Stewart c. LePage* (1916), 53 R.C.S. 337; *In re Ireland* (1962), 5 C.B.R. (N.S.) 91; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90; **distinction d'avec l'arrêt :** *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; **arrêts mentionnés :** *Attorney-General for Alberta c. Atlas Lumber Co.*, [1941] R.C.S. 87; *Boily c. McNulty*, [1928] R.C.S. 182; *In re Mount Royal Lumber & Flooring Co.* (1926), 8 C.B.R. 240; *Associated Freezers of Canada Inc. (Trustee of) c. Retail, Wholesale Canada, Local 1015* (1996), 39 C.B.R. (3d) 311; *Kansa General International Insurance Co. (Liquidation de)*, [1998] R.J.Q. 1380; *In re Morris Lofsky* (1947), 28 C.B.R. 164; *Sigurdson c. Fidelity Insurance Co.* (1980), 35 C.B.R. (N.S.) 75; *Re Holley* (1986), 54 O.R. (2d) 225; *Falvo Enterprises Ltd. c. Price Waterhouse Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 336; *In re The Moratorium Act (Sask.)*, [1956] R.C.S. 31; *Union St. Jacques de Montreal c. Bélisle* (1874), L.R. 6 P.C. 31; *Ellis c. Silber* (1872), L.R. 8 Ch. App. 83; *Cry-O-Beef Ltd./Cri-O-Bœuf Ltée (Trustees of) c. Caisse Populaire de Black-Lake* (1987), 66 C.B.R. (N.S.) 19; *In re Martin* (1953), 33 C.B.R. 163; *In re Reynolds* (1928), 10 C.B.R. 127; *Re Galaxy Interiors Ltd.* (1971), 15 C.B.R. (N.S.) 143; *Mancini (Trustee of) c. Falconi* (1987), 65 C.B.R. 246; *Geoffrion c. Barnett*, [1970] C.A. 273; *Arctic Gardens inc. (Syndic de)*,

R.D.J. 423; *In re Atlas Lumber Co. v. Grier and Sons Ltd.* (1922), 3 C.B.R. 226; *In re Maple Leaf Fruit Co.* (1949), 30 C.B.R. 23; *Re Westam Developments Ltd.* (1967), 10 C.B.R. (N.S.) 61; *Re M. B. Greer & Co.* (1953), 33 C.B.R. 69; *Re M.P. Industrial Mills Ltd.* (1972), 17 C.B.R. 226; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Re Lions D'Or Ltée* (1965), 8 C.B.R. (N.S.) 171; *Re M. Pollack Ltée* (1979), 30 C.B.R. (N.S.) 256; *Bourque Consumer Electronics Inc. (Syndic de)*, J.E. 91-1040; *Sarabia v. "Oceanic Mindoro" (The)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143, leave to appeal refused [1997] 2 S.C.R. xiv; *Volkswagen Canada Inc. v. Auto Haus Frohlich Ltd.*, [1986] 1 W.W.R. 380; *Ash v. Lloyd's Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 235, aff'd (1992), 9 O.R. (3d) 755, leave to appeal refused [1992] 3 S.C.R. v; *Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Pre Print Inc.* (1996), 131 D.L.R. (4th) 471; *Industrial Packaging Products Co. v. Fort Pitt Packaging International, Inc.*, 161 A.2d 19 (1960); *In re Treco*, 239 B.R. 36 (1999), aff'd 240 F.3d 148 (2001); *Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde*, [1952] 2 S.C.R. 109; *Coastal Steel Corp. v. Tilghman Wheelabrator Ltd.*, 709 F.2d 190 (1983); *In re Diaz Contracting, Inc.*, 817 F.2d 1047 (1987); *Hays and Co. v. Merrill Lynch*, 885 F.2d 1149 (1989).

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 2(1) [am. 1997, c. 12, s. 1], 17(1), 30(1)(d), 43(5) [rep. & sub. 1992, c. 27, s. 15], 72(1), 183(1)(b), (c), 187(7), 188(1), (2).
Bankruptcy and Insolvency General Rules, C.R.C., c. 368 [am. SOR/98-240], s. 3.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3135, 3148.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25.
Constitution Act, 1867, ss. 91(21), 92(13).

Authors Cited

Bohémier, Albert. *Faillite et insolvabilité*, vol. 1. Montréal: Thémis, 1992.
 Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
 Fletcher, I. F. *Insolvency in Private International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1999.
 Houlden, L. W., and G. B. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2001, release 7).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2000] R.J.Q. 392, [2000] Q.J. No. 417 (QL), dismissing the appellant's appeal from a

[1990] R.J.Q. 6; *Excavations Sanoduc inc. c. Morency*, [1991] R.D.J. 423; *In re Atlas Lumber Co. c. Grier and Sons Ltd.* (1922), 3 C.B.R. 226; *In re Maple Leaf Fruit Co.* (1949), 30 C.B.R. 23; *Re Westam Developments Ltd.* (1967), 10 C.B.R. (N.S.) 61; *Re M. B. Greer & Co.* (1953), 33 C.B.R. 69; *Re M.P. Industrial Mills Ltd.* (1972), 17 C.B.R. 226; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Re Lions D'Or Ltée* (1965), 8 C.B.R. (N.S.) 171; *Re M. Pollack Ltée* (1979), 30 C.B.R. (N.S.) 256; *Bourque Consumer Electronics Inc. (Syndic de)*, J.E. 91-1040; *Sarabia c. « Oceanic Mindoro » (The)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143, autorisation de pourvoi refusée [1997] 2 R.C.S. xiv; *Volkswagen Canada Inc. c. Auto Haus Frohlich Ltd.*, [1986] 1 W.W.R. 380; *Ash c. Lloyd's Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 235, conf. par (1992), 9 O.R. (3d) 755, autorisation de pourvoi refusée [1992] 3 R.C.S. v; *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Pre Print Inc.* (1996), 131 D.L.R. (4th) 471; *Industrial Packaging Products Co. c. Fort Pitt Packaging International, Inc.*, 161 A.2d 19 (1960); *In re Treco*, 239 B.R. 36 (1999), conf. par 240 F.3d 148 (2001); *Industrial Acceptance Corp. c. Lalonde*, [1952] 2 R.C.S. 109; *Coastal Steel Corp. c. Tilghman Wheelabrator Ltd.*, 709 F.2d 190 (1983); *In re Diaz Contracting, Inc.*, 817 F.2d 1047 (1987); *Hays and Co. c. Merrill Lynch*, 885 F.2d 1149 (1989).

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135, 3148.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(21), 92(13).
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 2(1) [mod. 1997, ch. 12, art. 1], 17(1), 30(1)(d), 43(5) [abr. & rempl. 1992, ch. 27, art. 15], 72(1), 183(1)(b), (c), 187(7), 188(1), (2).
Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité, C.R.C., ch. 368 [mod. DORS/98-240], art. 3.

Doctrine citée

Bohémier, Albert. *Faillite et insolvabilité*, vol. 1. Montréal : Thémis, 1992.
 Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 1997.
 Fletcher, I. F. *Insolvency in Private International Law*. Oxford : Clarendon Press, 1999.
 Houlden, L. W., and G. B. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. Toronto : Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2001, release 7).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2000] R.J.Q. 392, [2000] Q.J. No. 417 (QL), rejetant l'appel interjeté par l'appellant

judgment of the Superior Court, [1999] R.J.Q. 1497. Appeal dismissed.

Yves Martineau, for the appellant.

Jean-Philippe Gervais, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure, [1999] R.J.Q. 1497. Pourvoi rejeté.

Yves Martineau, pour l'appelante.

Jean-Philippe Gervais, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

1

BINNIE J. — The long arm of the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy reached out to the appellant in Vancouver, British Columbia, in respect of a claim for shares and warrants and other debts allegedly due to the bankrupt which the trustee in bankruptcy values in excess of \$4.5 million. The appellant protested that the dispute, which involves the financing of an African gold mine, has nothing to do with Quebec. It argues that the claim of the respondent trustee in bankruptcy is an ordinary civil claim that rests entirely on agreements that are to be interpreted according to the laws of British Columbia. For this and other reasons of convenience and efficiency, the appellant says, the claim ought to proceed in British Columbia. The bankruptcy court and the Quebec Court of Appeal rejected these submissions and, in my view, the further appeal to this Court ought also to be dismissed.

I. Facts

2

The appellant Azco Mining Inc. ("Azco"), a company incorporated under the laws of Delaware, offered venture capital services from its office in Vancouver, British Columbia. In 1996 it was introduced to Eagle River International Limited and Eagle River Exchange and Financial Services Inc. (hereinafter collectively referred to as "Eagle"), with offices in Gatineau, Quebec. Eagle was in the process of trying to develop promising gold mining properties in a 500 square mile area of Mali, West Africa. A deal was struck whereby Eagle would continue to use its expertise to bring the mines to production through subsidiary companies in Mali, and Azco would provide the financing. The parties

LE JUGE BINNIE — La Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite a le bras long au point d'avoir atteint l'appelante à Vancouver (Colombie-Britannique) concernant une demande d'actions, de bons de souscription et de paiement d'autres créances auxquels le failli prétend avoir droit et que le syndic de faillite évalue à plus de 4,5 millions de dollars. L'appelante a rétorqué que le litige, qui porte sur le financement d'une mine d'or en Afrique, n'a rien à voir avec le Québec. Elle prétend que la demande du syndic de faillite intimé constitue une demande civile ordinaire, entièrement fondée sur des contrats qui doivent être interprétés en conformité avec les lois de la Colombie-Britannique. Selon elle, ce motif et d'autres raisons de commodité et d'efficacité font en sorte que la demande devrait être entendue en Colombie-Britannique. Le tribunal de faillite et la Cour d'appel du Québec ont rejeté ces arguments et je suis d'avis que le pourvoi interjeté auprès de notre Cour devrait aussi être rejeté.

I. Les faits

L'appelante Azco Mining Inc. (« Azco »), une société constituée sous le régime des lois du Delaware, offrait du capital de risque à partir de son bureau de Vancouver (Colombie-Britannique). En 1996, on l'a mise en contact avec Eagle River International Limited et Eagle River Exchange and Financial Services Inc. (ci-après appelées collectivement « Eagle »), qui avaient des bureaux à Gatineau (Québec). Eagle faisait des démarches en vue d'exploiter des mines d'or prometteuses dans une région de 500 milles carrés située au Mali (Afrique occidentale). Il a été convenu que Eagle continuerait à mettre son expertise au profit de la mise en production de

reduced their agreement to a series of documents, each of which contained what the appellant contends is a choice of forum clause and the respondent argues is no more than a choice of law clause, as follows:

June 7, 1996 financing agreement

28. The agreement shall be governed by the law of British Columbia.

June 12, 1996 management services agreement

13. **Arbitration:** The Parties hereto agree that all questions or matters in dispute with respect to this Agreement shall be submitted to arbitration pursuant to the terms hereof.

20. **Applicable Law:** The situs of this Agreement is Vancouver, British Columbia, and, for all purposes this Agreement, will be governed exclusively by and construed and enforced in accordance with the laws prevailing in the Province of British Columbia.

In addition, Azco relies on the terms of the debenture entered into by Azco with Eagle's subsidiary company in Mali (called West African Gold & Exploration S.A.), as follows:

West African Gold & Exploration S.A. Debenture dated August 9, 1996

17. [The] situs of this Debenture is Vancouver, British Columbia, and for all purposes this Debenture will be governed exclusively by and construed and enforced in accordance with the laws prevailing in the Province of British Columbia. In addition, the Company hereby expressly acknowledges and agrees to forthwith execute any and all documentation which may be necessary in order to ensure both the enforceability of this Debenture and the valid registration thereof as against the Mortgaged Property under the laws prevailing in each of the Province of British Columbia and the Republic of Mali and, in addition, and without limiting the generality of the foregoing, to attend, if required, to any courts of competent jurisdiction in the Province of British Columbia in order to either

ces mines par l'entremise de filiales au Mali et que Azco fournirait le financement. Les parties ont consigné leur entente dans une série de documents, dont chacun contenait l'une des dispositions suivantes que l'appelante qualifie de clauses d'élection de for, mais qui, selon l'intimée, exprimaient simplement leur choix quant aux lois applicables :

[TRADUCTION]

Contrat de financement conclu le 7 juin 1996

28. Le contrat est régi par les lois de la Colombie-Britannique.

Contrat de services de gestion conclu le 12 juin 1996

13. **Arbitrage :** Les parties conviennent de soumettre à l'arbitrage toute question litigieuse relative au présent contrat conformément à ses stipulations.

20. **Lois applicables :** Le présent contrat a été conclu à Vancouver (Colombie-Britannique); il est régi exclusivement et à tous égards par les lois en vigueur dans la province de la Colombie-Britannique, et il sera interprété et exécuté en conformité avec celles-ci.

Azco invoque en outre les stipulations suivantes du contrat d'emprunt sous forme de débenture qu'elle a conclu avec la filiale de Eagle au Mali (la West African Gold & Exploration S.A.) :

[TRADUCTION]

Contrat d'emprunt sous forme de débenture de West African Gold & Exploration S.A. conclu le 9 août 1996

17. Le présent contrat d'emprunt sous forme de débenture a été conclu à Vancouver (Colombie-Britannique); il est régi exclusivement et à tous égards par les lois en vigueur dans la province de la Colombie-Britannique, et il sera interprété et exécuté en conformité avec celles-ci. En outre, la société convient expressément de signer sans délai tous les documents nécessaires pour que le présent contrat d'emprunt sous forme de débenture devienne exécutoire et soit enregistré valablement à l'égard des biens grevés conformément aux lois en vigueur dans la province de la Colombie-Britannique et aux lois en vigueur dans la République du Mali; sans limiter la portée générale de ce qui précède, la société convient en outre de reconnaître, le cas échéant, la juridiction des tribunaux compétents de la province de la Colombie-Bri-

administer or interpret this Debenture in accordance with the laws prevailing in the Province of British Columbia.

4 It was envisaged that if the project were successful Azco would ultimately own a majority interest in what the trustee describes as a joint venture holding company, Sanou Mining Corporation (“Sanou”). Eagle was to be a minority partner.

5 During the period of May 16, 1996 and May 1, 1997, Azco paid Eagle a total of US\$3,844,858. For each payment, Eagle executed a promissory note, undertaking to repay Azco if it failed to fulfill its contractual obligations.

6 On September 12, 1997, Eagle was adjudged bankrupt. The respondent firm was appointed trustee in bankruptcy. Despite Eagle’s bankruptcy, the Mali project proceeded and, according to Azco, it is still underway. The trustee says that the appellant now controls the holding company Sanou and continues to withhold, wrongfully, the 3.5 million shares and 4 million warrants to which Eagle was (and is) entitled.

7 On January 18, 1999, the respondent trustee presented a petition to the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy (“the bankruptcy court”) seeking to “recuperate the assets” of Eagle, including the monetary value of what it considers the wrongfully withheld property of the debtor, namely 125,000 shares of Azco itself and 3.5 million shares and 4 million warrants of Sanou. The respondent trustee values the Azco shares at CAN\$337,500 and the Sanou interest at US\$1,875,000. In addition the trustee advances some monetary claims for a variety of alleged debts.

8 On February 24, 1999, the appellant brought a motion to transfer the petition “to the Supreme Court of British Columbia, Bankruptcy Division of Vancouver”. In support of its motion, the appellant stated that “it is a certainty that Azco will file a counterclaim for an amount in excess of \$5,000,000 Cdn., based principally” on the financing agreements to recover about US\$3.85 million in the

tannique pour l’application et l’interprétation du présent contrat d’emprunt sous forme de débenture en conformité avec les lois en vigueur dans la province de la Colombie-Britannique.

Il était prévu qu’en bout de ligne, en cas de succès du projet, Azco détiendrait une participation majoritaire dans la Sanou Mining Corporation (« Sanou »), que le syndic a qualifié de société de gestion en coentreprise et dans laquelle Eagle obtiendrait une participation minoritaire.

Entre le 16 mai 1996 et le 1^{er} mai 1997, Azco a versé au total à Eagle la somme de 3 844 858 \$US. Pour chaque versement, Eagle a signé un billet à ordre par lequel elle s’engageait à rembourser Azco si elle manquait à ses obligations contractuelles.

Le 12 septembre 1997, Eagle a été déclarée en faillite. La société intimée a été nommée syndic de la faillite. Malgré la faillite de Eagle, le projet du Mali s’est poursuivi et, selon Azco, il est toujours en cours. Le syndic affirme que l’appelante contrôle maintenant la société de gestion Sanou et retient illégalement les 3,5 millions d’actions et les 4 millions de bons de souscription auxquels Eagle avait droit — et auxquels elle a toujours droit.

Le 18 janvier 1999, le syndic intimé a présenté à la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite (le « tribunal de faillite ») une requête visant à « recouvrer des biens » de Eagle, y compris la valeur pécuniaire de 125 000 actions de Azco même, ainsi que de 3,5 millions d’actions et 4 millions de bons de souscription de Sanou, qu’il considère comme des biens du débiteur retenus illégalement. Le syndic intimé évalue les actions de Azco à 337 500 \$CAN et la participation dans Sanou à 1 875 000 \$US. Le syndic fait également valoir certaines demandes pécuniaires relativement à diverses créances alléguées.

Le 24 février 1999, l’appelante a présenté une requête sollicitant le renvoi de la requête en recouvrement de biens [TRADUCTION] « à la Division des faillites de la Cour suprême de la Colombie-Britannique à Vancouver ». À l’appui de sa requête, l’appelante a déclaré : [TRADUCTION] « Azco déposera assurément une demande reconventionnelle d’un montant de plus de 5 000 000 \$CAN fondée

payments to Eagle mentioned above which, as stated, were secured by promissory notes. The contractual arrangement, says Azco, was that if certain conditions in the agreements were not met, the advances would be treated as a demand loan. Azco says the conditions were not met and that it is entitled to immediate repayment of all advances. Azco submitted that “[t]he Superior Court of the Bankruptcy Division of Hull does not have jurisdiction to hear this contractual claim against Azco”. Its position, as stated, was that the file should be transferred to the Bankruptcy Division of Vancouver.

Azco’s Vice-President of Finance, Ryan Modesto, who lives in the United States, testified in support of the motion that Azco is a creditor in the bankruptcy:

- Q. So is it Azco Mining’s position that it is the creditor in that bankruptcy of Eagle River?
- A. Yes, it is.
- Q. For what amount?
- A. For three million eight hundred forty-four thousand eight hundred and fifty-eight dollars (\$3,844,858) plus accrued interest.
- Q. That’s U.S. currency?
- A. That is U.S. currency.
- Q. And you refer to interest. Are you referring to the interest referred to in the promissory note?
- A. Exactly.

Azco’s motion was dismissed by Isabelle J. of the Quebec Superior Court on May 6, 1999. That decision was upheld by the Quebec Court of Appeal on February 21, 2000.

II. Judicial History

- A. *Quebec Superior Court*, [1999] R.J.Q. 1497

Isabelle J. held that the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy had jurisdiction to deal with

principalement » sur les contrats de financement en vue de recouvrer les versements susmentionnés d’environ 3 850 000 \$US remis à Eagle, qui étaient garantis par des billets à ordre, comme je l’ai déjà expliqué. Azco a soutenu que, selon les contrats, en cas de non-respect de certaines conditions, les avances de fonds seraient considérées comme un prêt à demande. D’après elle, ces conditions n’ont pas été remplies et elle a droit au remboursement immédiat de toutes les avances de fonds. Azco a prétendu que [TRADUCTION] « [l]a division des faillites de la Cour supérieure de Hull n’a pas compétence pour entendre la présente demande contractuelle contre Azco ». Elle plaide que le dossier doit être renvoyé à la Division des faillites de Vancouver.

Le vice-président aux Finances de Azco, Ryan Modesto, qui vit aux États-Unis, a témoigné à l’appui de la requête en renvoi que Azco est un créancier de la faillite :

[TRADUCTION]

- Q. Donc, Azco Mining plaide-t-elle qu’elle est le créancier dans le cadre de cette faillite de Eagle River?
- R. Oui, c’est ça.
- Q. Pour quel montant?
- R. Pour trois millions huit cent quarante-quatre mille huit cent cinquante-huit dollars (3 844 858 \$) plus les intérêts courus.
- Q. C’est en devises américaines?
- R. C’est en devises américaines.
- Q. Et vous mentionnez les intérêts. Faites-vous référence aux intérêts stipulés dans le billet à ordre?
- R. Exactement.

Le juge Isabelle de la Cour supérieure du Québec a rejeté la requête de Azco le 6 mai 1999. La Cour d’appel du Québec a confirmé cette décision le 21 février 2000.

II. Historique des procédures judiciaires

- A. *Cour supérieure du Québec*, [1999] R.J.Q. 1497

Le juge Isabelle a conclu que la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite avait

9

10

11

the respondent's petition. The relevant provisions of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (the "Act"), were clear and there was no need to refer to the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, or the *Quebec Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25.

12 Azco had not argued that the bankrupt's affairs could be more efficiently administered in British Columbia but rather that there were other "sufficient" reasons for transferring the proceeding to that province, including, in particular, certain clauses in the agreement (reproduced above) that Azco said required the dispute to be tried in British Columbia. Isabelle J. ruled that these clauses had to do with choice of law rather than choice of forum and in any event lacked an "imperative" character.

13 Isabelle J. accepted that he could transfer the proceeding to the Vancouver division of the Supreme Court of British Columbia sitting in Bankruptcy under s. 187(7) of the Act. There was no need to turn to the specific rules governing *forum non conveniens* set out in art. 3135 of the *Civil Code of Québec*. Having regard to all the circumstances, however, Isabelle J. did not think a transfer of proceedings would be justified. The legislator bestowed on the trustee the power to manage the affairs of the bankrupt in the most practical and economical manner possible. Vancouver may be convenient for the appellant, but the interests of all the creditors prevailed over the convenience of only one creditor. Accordingly, the appellant's motion was dismissed.

B. *Quebec Court of Appeal*, [2000] R.J.Q. 392

14 A unanimous Court of Appeal dismissed Azco's appeal. Robert J.A., concurred in by Proulx and Rousseau-Houle J.J.A., agreed that the Quebec Superior Court had jurisdiction over Eagle's bankruptcy, noting that the company was carrying on business in Quebec when the bankruptcy proceedings were initiated. The petition against Azco was authorized by s. 30(1)(d) of the Act which empow-

compétence pour entendre la requête en recouvrement de biens présentée par l'intimée. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (la « Loi », étaient claires et il n'y avait pas lieu d'invoquer le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, ni le *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25.

Azco n'a pas prétendu que les affaires du failli pouvaient être administrées d'une manière plus efficace en Colombie-Britannique. Il a plutôt soutenu qu'il y avait d'autres motifs « suffisants » de renvoyer l'instance dans cette province, notamment certaines clauses du contrat (reproduites précédemment) qui, selon Azco, exigeaient que le litige soit tranché en Colombie-Britannique. Le juge Isabelle a conclu qu'il s'agissait de clauses portant sur le choix des lois applicables plutôt que de clauses d'élection de for et que, de toute manière, elles n'avaient aucun caractère « impératif ».

Le juge Isabelle a reconnu qu'il pouvait renvoyer l'instance à la Division des faillites de la Cour suprême de la Colombie-Britannique à Vancouver en vertu du par. 187(7) de la Loi. Il n'était pas nécessaire d'appliquer les règles particulières régissant les situations de *forum non conveniens* édictées par l'art. 3135 du *Code civil du Québec*. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, toutefois, le juge Isabelle a estimé que le renvoi de l'instance n'était pas justifié. Le législateur a conféré au syndic le pouvoir de gérer les affaires du failli de la façon la plus pratique et la plus économique possible. Vancouver pouvait être commode pour l'appelante, mais l'intérêt de l'ensemble des créanciers l'emportait sur ce qui était commode pour un seul créancier. La requête de l'appelante a donc été rejetée.

B. *Cour d'appel du Québec*, [2000] R.J.Q. 392

La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel de Azco. Le juge Robert, avec l'appui des juges Proulx et Rousseau-Houle, a confirmé que la Cour supérieure du Québec avait compétence sur la faillite de Eagle, soulignant que la société faisait affaire au Québec lorsque la procédure de faillite a été engagée. La requête en recouvrement de biens présentée contre Azco était autorisée par l'al. 30(1)d) de la

ers a trustee to bring legal proceedings relating to the property of the bankrupt with the permission of the inspectors.

Robert J.A. agreed with the motions judge that it would be most efficient and equitable to have a single court oversee the administration of the bankrupt estate despite the fact that a centralized bankruptcy might present certain difficulties and inconveniences for parties residing in provinces far from the bankruptcy forum. However, like Isabelle J., he noted that the courts retain some discretion under s. 187(7) to transfer a case to another division where there is proof that the bankrupt's estate would be administered more economically or where some other sufficient reason exists. In the present case, Robert J.A. found that Azco had not demonstrated it would be more economical to proceed before the bankruptcy court in British Columbia. As to other circumstances, Robert J.A. ruled that the contractual terms that Azco characterized as choice of forum clauses did not bind the trustee in bankruptcy, who represented and acted for the benefit of all creditors. The clauses in question were not exclusive jurisdiction clauses but even if they were, the Act is a law of public order and its provisions must be rigorously applied given the consequences for the rights of both debtors and creditors.

III. Relevant Statutory Provisions

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

2. (1) In this Act,

“locality of a debtor” means the principal place

(a) where the debtor has carried on business during the year immediately preceding his bankruptcy,

(b) where the debtor has resided during the year immediately preceding his bankruptcy, or

Loi, qui confère au syndic le pouvoir d'intenter une procédure judiciaire se rapportant aux biens du failli avec la permission des inspecteurs.

Le juge Robert a convenu avec le juge des requêtes qu'il était plus efficace et équitable qu'un seul tribunal supervise l'administration de l'actif du failli malgré le fait que cette centralisation pouvait causer certaines difficultés et certains inconvénients aux parties résidant dans des provinces éloignées du lieu de la faillite. Toutefois, à l'instar du juge Isabelle, il a souligné le caractère discrétionnaire du pouvoir que le par. 187(7) confère aux tribunaux de renvoyer une affaire à une autre division lorsque la preuve établit que l'actif du failli y serait administré d'une façon plus économique ou qu'un autre motif suffisant le justifie. En l'espèce, le juge Robert a conclu que Azco n'avait pas démontré qu'il serait plus économique de s'adresser au tribunal de faillite de la Colombie-Britannique. Quant aux autres circonstances, le juge Robert s'est dit d'avis que les dispositions contractuelles que Azco avait qualifiées de clauses d'élection de for ne liaient pas le syndic de faillite, qui représente l'ensemble des créanciers et qui agit dans leur intérêt collectif. Les clauses en question ne constituaient pas des clauses attribuant une compétence exclusive. Même si tel avait été le cas, la Loi est une loi d'ordre public et ses dispositions doivent être appliquées rigoureusement compte tenu de leurs conséquences sur les droits des débiteurs et des créanciers.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« localité d'un débiteur » Le lieu principal où, selon le cas :

a) le débiteur a exercé ses activités au cours de l'année précédant sa faillite;

b) le débiteur a résidé au cours de l'année précédant sa faillite;

15

16

(c) in cases not coming within paragraph (a) or (b), where the greater portion of the property of the debtor is situated;

30. (1) The trustee may, with the permission of the inspectors, do all or any of the following things:

. . .

(d) bring, institute or defend any action or other legal proceeding relating to the property of the bankrupt;

43. . . .

(5) The petition shall be filed in the court having jurisdiction in the judicial district of the locality of the debtor.

72. (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

183. (1) The following courts are invested with such jurisdiction at law and in equity as will enable them to exercise original, auxiliary and ancillary jurisdiction in bankruptcy and in other proceedings authorized by this Act during their respective terms, as they are now, or may be hereafter, held, and in vacation and in chambers:

. . .

(b) in the Province of Quebec, the Superior Court;

(c) in the Provinces of Nova Scotia and British Columbia, the Supreme Court;

187. . . .

(7) The court, on satisfactory proof that the affairs of the bankrupt can be more economically administered within another bankruptcy district or division, or for other sufficient cause, may by order transfer any proceedings under this Act that are pending before it to another bankruptcy district or division.

188. (1) An order made by the court under this Act shall be enforced in the courts having jurisdiction in

c) se trouve la plus grande partie des biens de ce débiteur, dans les cas non visés aux alinéas a) ou b).

30. (1) Avec la permission des inspecteurs, le syndic peut :

. . .

d) intenter ou contester toute action ou autre procédure judiciaire se rapportant aux biens du failli;

43. . . .

(5) La pétition est déposée auprès du tribunal compétent dans le district judiciaire de la localité du débiteur.

72. (1) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

183. (1) Les tribunaux suivants possèdent la compétence en droit et en équité qui doit leur permettre d'exercer la juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d'autres procédures autorisées par la présente loi durant leurs termes respectifs, tels que ces termes sont maintenant ou peuvent par la suite être tenus, pendant une vacance judiciaire et en chambre :

. . .

b) dans la province de Québec, la Cour supérieure;

c) dans les provinces de la Nouvelle-Écosse et de la Colombie-Britannique, la Cour suprême;

187. . . .

(7) Sur preuve satisfaisante que les affaires du failli peuvent être administrées d'une manière plus économique dans un autre district ou dans une autre division de faillite, ou pour un autre motif suffisant, le tribunal peut, par ordonnance, renvoyer des procédures, que prévoit la présente loi et qui sont pendantes devant lui, à un autre district ou à une autre division de faillite.

188. (1) Une ordonnance rendue par le tribunal, sous le régime de la présente loi, est exécutée dans les

bankruptcy elsewhere in Canada in the same manner in all respects as if the order had been made by the court hereby required to enforce it.

(2) All courts and the officers of all courts shall severally act in aid of and be auxiliary to each other in all matters of bankruptcy, and an order of one court seeking aid, with a request to another court, shall be deemed sufficient to enable the latter court to exercise, in regard to the matters directed by the order, such jurisdiction as either the court that made the request or the court to which the request is made could exercise in regard to similar matters within its jurisdiction.

Bankruptcy and Insolvency General Rules, C.R.C., c. 368 (am. SOR/98-240)

3. In cases not provided for in the Act or these Rules, the courts shall apply, within their respective jurisdictions, their ordinary procedure to the extent that that procedure is not inconsistent with the Act or these Rules.

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

3135. Even though a Québec authority has jurisdiction to hear a dispute, it may exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction if it considers that the authorities of another country are in a better position to decide.

. . .

3148. In personal actions of a patrimonial nature, a Québec authority has jurisdiction where

. . .

(5) the defendant submits to its jurisdiction.

However, a Québec authority has no jurisdiction where the parties, by agreement, have chosen to submit all existing or future disputes between themselves relating to a specified legal relationship to a foreign authority or to an arbitrator, unless the defendant submits to the jurisdiction of the Québec authority.

IV. Analysis

Parliament has conferred on the bankruptcy court the capacity and authority to exercise "original,

tribunaux ayant juridiction en matière de faillite ailleurs au Canada, de la même manière, à tous les égards, que si l'ordonnance avait été rendue par le tribunal tenu par les présentes de l'exécuter.

(2) Tous les tribunaux, ainsi que les fonctionnaires de ces tribunaux, doivent s'entraider et se faire les auxiliaires les uns des autres en toutes matières de faillite; une ordonnance d'un tribunal demandant de l'aide, accompagnée d'une requête à un autre tribunal, est censée suffisante pour permettre au dernier tribunal d'exercer, en ce qui concerne les affaires prescrites par l'ordonnance, la juridiction que le tribunal qui a présenté la requête ou le tribunal à qui la requête a été présentée, pourrait exercer relativement à des affaires semblables dans sa juridiction.

Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité, C.R.C., ch. 368 (mod. DORS/98-240)

3. Dans les cas non prévus par la Loi ou les présentes règles, les tribunaux appliquent, dans les limites de leur compétence respective, leur procédure ordinaire dans la mesure où elle est compatible avec la Loi et les présentes règles.

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

3135. Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige, une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie, décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige.

. . .

3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :

. . .

5° Le défendeur a reconnu leur compétence.

Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.

IV. Analyse

Le Parlement a conféré au tribunal de faillite la capacité et le pouvoir d'exercer « la juridiction

auxiliary and ancillary jurisdiction in bankruptcy and in other proceedings authorized by this Act” (s. 183(1)). On the face of it, the intent of this provision is to confer on the bankruptcy court powers and duties co-extensive with Parliament’s jurisdiction over “Bankruptcy” under s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867* except insofar as that jurisdiction has been limited or specifically assigned elsewhere by Parliament itself.

18

While the appellant’s motion simply asked that the dispute be transferred to the Vancouver Division of the Supreme Court of British Columbia sitting in Bankruptcy (thereby appearing to concede that the dispute is properly dealt with as a bankruptcy matter), its motion also contended that the trustee’s claims are “exclusively contractual” (para. 6) and that the “Superior Court of the Bankruptcy Division of Hull does not have jurisdiction to hear this contractual claim against Azco” (para. 20). Moreover, much of its oral argument suggested that the dispute ought to be tried in the ordinary civil courts. In addition the appellant takes the position that Quebec is not the convenient forum to deal with this dispute, and that the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy lacks a sufficiently long arm to require Azco to take its witnesses east to litigate. The proper forum, it says, is British Columbia because there is no substantial connection at all between this case and the Province of Quebec.

19

It is convenient to address the legal issues raised by the appellant in the following order:

1. Was the bankruptcy petition properly filed in the Hull Division of the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy?
2. If so, did that court thereby acquire jurisdiction to deal with matters affecting the bankrupt estate arising in British Columbia?

de première instance, auxiliaire et subordonnée en matière de faillite et en d’autres procédures autorisées par la présente loi » (par. 183(1)). Il est évident que cette disposition vise à conférer au tribunal de faillite les pouvoirs et les obligations correspondant à la compétence qui appartient au législateur fédéral en matière de « faillite » en vertu du par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sauf dans la mesure où le législateur a lui-même limité la compétence du tribunal ou l’a expressément attribuée autrement.

Bien que l’appelante ait demandé simplement dans sa requête que le litige soit renvoyé à la Division de Vancouver de la Cour suprême de la Colombie-Britannique siégeant en matière de faillite (semblant ainsi reconnaître que le litige était considéré à bon droit comme une affaire de faillite), elle a aussi allégué que les demandes du syndic étaient [TRADUCTION] « de nature exclusivement contractuelle » (par. 6) et que la [TRADUCTION] « Division des faillites de la Cour supérieure de Hull n’a pas compétence pour entendre la présente demande de nature contractuelle contre Azco » (par. 20). De plus, une bonne partie des arguments avancés oralement par l’appelante laissaient entendre que le litige devait être tranché par les tribunaux civils ordinaires. L’appelante soutient en outre que le Québec n’est pas le lieu où il convient que ce litige soit tranché et que la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite n’a pas le bras suffisamment long pour contraindre Azco à amener ses témoins dans l’Est pour débattre du litige. Elle prétend que le lieu approprié est la Colombie-Britannique, car il n’existerait absolument aucun lien important entre la présente affaire et la province de Québec.

Il convient d’examiner dans l’ordre suivant les questions de droit que l’appelante a soulevées :

1. La requête de mise en faillite a-t-elle été déposée à bon droit devant la Division de Hull de la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite?
2. Dans l’affirmative, cette cour a-t-elle ainsi acquis la compétence pour trancher les affaires touchant l’actif du failli qui ont pris naissance en Colombie-Britannique?

3. If so, are contract claims nevertheless excluded from federal bankruptcy jurisdiction?
 4. If not, does this particular contract claim come within the bankruptcy court's jurisdiction?
 5. Even if fully clothed with jurisdiction to hear this case, should the bankruptcy court in Hull nevertheless have transferred the file to the court exercising counterpart bankruptcy jurisdiction in Vancouver?
1. *Was the Bankruptcy Petition Properly Filed in the Hull Division of the Quebec Superior Court Sitting in Bankruptcy?*

Parliament decided to utilize the superior courts of the provinces and territories to exercise bankruptcy jurisdiction (s. 183). It has long been established that, with respect to matters coming within the enumerated heads of s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, "the Parliament of Canada may give jurisdiction to provincial courts and regulate proceedings in such courts to the fullest extent": *Attorney-General for Alberta v. Atlas Lumber Co.*, [1941] S.C.R. 87, *per* Rinfret J., at p. 100. The courts mentioned in s. 183 retain their character as superior courts of inherent jurisdiction, but will be referred to here, perhaps with some imprecision of language, as the bankruptcy courts.

A creditor who wishes to obtain a receiving order against a debtor is required to file a bankruptcy petition "in the court having jurisdiction in the judicial district of the locality of the debtor" (s. 43(5)).

The "locality of the debtor" is defined under s. 2(1) as the "principal place"

(a) where the debtor has carried on business during the year immediately preceding his bankruptcy,

3. Dans l'affirmative, les demandes de nature contractuelle échappent-elles néanmoins à la compétence fédérale en matière de faillite?
4. Dans la négative, cette demande contractuelle particulière relève-t-elle de la compétence du tribunal de faillite?
5. Même s'il avait pleine et entière compétence pour entendre la présente affaire, le tribunal de faillite de Hull aurait-il dû renvoyer le dossier au tribunal ayant la même compétence en matière de faillite à Vancouver?

1. *La requête de mise en faillite a-t-elle été déposée à bon droit devant la Division de Hull de la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite?*

Le Parlement a décidé d'utiliser les cours supérieures des provinces et des territoires pour exercer sa compétence en matière de faillite (art. 183). Il est établi depuis longtemps que, dans les domaines relevant des chefs de compétence énumérés à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, [TRADUCTION] « le Parlement du Canada peut donner compétence aux cours provinciales et régler au maximum les procédures devant ces cours » : *Attorney-General for Alberta c. Atlas Lumber Co.*, [1941] R.C.S. 87, le juge Rinfret, p. 100. Les cours mentionnées à l'art. 183 conservent leur statut de cour supérieure de compétence inhérente, mais je les appellerai ici tribunaux de faillite, quoique cette expression soit quelque peu imprécise.

Le créancier qui désire obtenir une ordonnance de séquestre contre un débiteur doit déposer une requête de mise en faillite « auprès du tribunal compétent dans le district judiciaire de la localité du débiteur » (par. 43(5)).

Le paragraphe 2(1) définit la « localité du débiteur » comme le « lieu principal » où, selon le cas :

a) le débiteur a exercé ses activités au cours de l'année précédant sa faillite;

20

21

22

(b) where the debtor has resided during the year immediately preceding his bankruptcy, or

(c) in cases not coming within paragraph (a) or (b), where the greater portion of the property of the debtor is situated;

b) le débiteur a résidé au cours de l'année précédant sa faillite;

c) se trouve la plus grande partie des biens de ce débiteur, dans les cas non visés aux alinéas a) ou b).

23

Section 43(5) expresses a rule of jurisdiction that apportions among the courts named in s. 183(1) judicial power over the adjudication of bankruptcy petitions. The evidence was that Eagle carried on business in Quebec even though it had not obtained a licence to do so. The agreements between Azco and Eagle (and the promissory notes on which Azco's counterclaim is based) recite that Eagle has an office at 212 Labrosse Boulevard, Gatineau, Quebec. The same address appears on its corporate letterhead. Azco's Vice-President of Finance testified that his meetings with respect to the financing were held at that office. There is no suggestion that Eagle vacated the premises prior to its bankruptcy, or that it had any other offices in Canada.

Le paragraphe 43(5) exprime une règle de compétence qui attribue à l'un ou l'autre des tribunaux nommés au par. 183(1) le pouvoir judiciaire de statuer sur les requêtes de mise en faillite. La preuve a permis de constater que Eagle faisait affaire au Québec, même si elle n'avait pas obtenu de permis le lui permettant. Les contrats entre Azco et Eagle (ainsi que les billets à ordre fondant la demande reconventionnelle de Azco) précisent que Eagle a un bureau au 212, boulevard Labrosse, à Gatineau (Québec). Cette adresse figure dans l'en-tête de son papier à lettres. Le vice-président aux Finances de Azco a témoigné que les rencontres relatives au financement ont été tenues à ce bureau. Rien ne laisse entendre que Eagle ait quitté les lieux avant sa faillite, ni qu'elle ait eu d'autres bureaux au Canada.

24

It appears that Eagle's only connection to British Columbia is that the agreements mentioned above refer to the law of that province. It is clear that s. 43(5) would not have permitted the filing of the bankruptcy petition in British Columbia on such a ground. Nothing in the evidence, in my view, suggests that the bankruptcy court in Hull lacked subject matter jurisdiction over the petition and personal jurisdiction over Eagle when it made the receiving order on September 12, 1997.

Le seul lien apparent entre Eagle et la Colombie-Britannique tient au fait que les contrats susmentionnés renvoient aux lois de cette province. Il est clair que le par. 43(5) n'aurait pas permis le dépôt de la requête de mise en faillite en Colombie-Britannique pour un tel motif. J'estime qu'aucun élément de la preuve ne laisse croire que le tribunal de faillite à Hull n'avait pas compétence *ratione materiae* sur la requête de mise en faillite et compétence *ratione personae* sur Eagle lorsqu'il a rendu l'ordonnance de séquestre le 12 septembre 1997.

2. *Did the Bankruptcy Court Thereby Acquire Jurisdiction to Deal With Matters Affecting the Bankrupt Estate Arising in British Columbia?*

2. *Le tribunal de faillite a-t-il ainsi acquis la compétence pour trancher les affaires touchant l'actif du failli qui ont pris naissance en Colombie-Britannique?*

25

The Act establishes a nationwide scheme for the adjudication of bankruptcy claims. As Rinfret J. pointed out in *Boily v. McNulty*, [1928] S.C.R. 182, at p. 186: [TRANSLATION] "This is a federal statute that concerns the whole country, and it considers territory from that point of view". The national implementation of bankruptcy decisions rendered by a court within a particular province is achieved

La Loi établit un régime national de règlement des demandes en matière de faillite. Comme le juge Rinfret l'a souligné dans l'arrêt *Boily c. McNulty*, [1928] R.C.S. 182, p. 186 : « Il s'agit d'une loi fédérale qui concerne tout le pays, et elle envisage le territoire à ce point de vue ». C'est par l'intermédiaire du réseau d'entraide des cours supérieures des provinces et des territoires prévu par l'art.

through the cooperative network of superior courts of the provinces and territories under s. 188: *In re Mount Royal Lumber & Flooring Co.* (1926), 8 C.B.R. 240 (Que. C.A.), per Rivard J.A., at p. 246, [TRANSLATION] “The *Bankruptcy Act* is federal and the orders of the Quebec Superior Court sitting as a bankruptcy court under that Act are enforceable in Ontario”. See also: *Associated Freezers of Canada Inc. (Trustee of) v. Retail, Wholesale Canada, Local 1015* (1996), 39 C.B.R. (3d) 311 (N.S.C.A.), at p. 314, and *Kansa General International Insurance Co. (Liquidation de)*, [1998] R.J.Q. 1380 (C.A.), at p. 1389.

The trustees will often (and perhaps increasingly) have to deal with debtors and creditors residing in different parts of the country. They cannot do that efficiently, to borrow the phrase of Idington J. in *Stewart v. LePage* (1916), 53 S.C.R. 337, at p. 345, “if everyone is to be at liberty to interfere and pursue his own notions of his rights of litigation”. *Stewart* dealt with the winding up of a federally incorporated trust company in British Columbia. As a result of the winding up, a client in Prince Edward Island instituted a proceeding in the superior court of that province for a declaration that certain moneys held by the bankrupt trust company were held in trust and that the bankrupt trust company should be removed as trustee. This Court held that the dispute, despite its strong connection to Prince Edward Island, could not be brought before the court of that province without leave of the Supreme Court of British Columbia. Anglin J. commented at p. 349:

No doubt some inconvenience will be involved in such exceptional cases as this where the winding-up of the company is conducted in a province of the Dominion far distant from that in which persons interested as creditors or claimants may reside. But Parliament probably thought it necessary in the interest of prudent and economical winding-up that the court charged with that duty should have control not only of the assets and property found in the hands or possession of the company in liquidation, but also of all litigation in which it might be

188 que les décisions rendues par un tribunal siégeant dans une province donnée sont exécutées à l'échelle nationale : *In re Mount Royal Lumber & Flooring Co.* (1926), 8 C.B.R. 240 (C.A. Qué.), le juge Rivard, p. 246 : « La *Loi de faillite* est fédérale, et les ordonnances de la Cour Supérieure de la province de Québec, siégeant en vertu de cette loi comme Cour de Faillite, sont exécutoires [en] Ontario ». Voir également : *Associated Freezers of Canada Inc. (Trustee of) c. Retail, Wholesale Canada, Local 1015* (1996), 39 C.B.R. (3d) 311 (C.A.N.-É.), p. 314, et *Kansa General International Insurance Co. (Liquidation de)*, [1998] R.J.Q. 1380 (C.A.), p. 1389.

Les syndics auront souvent (et peut-être de plus en plus) à composer avec des débiteurs et des créanciers résidant dans différentes régions du pays. Ils ne pourront pas s'acquitter efficacement de leurs fonctions, pour reprendre les mots du juge Idington dans l'arrêt *Stewart c. LePage* (1916), 53 R.C.S. 337, p. 345, [TRADUCTION] « si tous peuvent s'interposer et invoquer leurs propres perceptions de leurs droits quant à la présentation d'une demande en justice ». L'arrêt *Stewart* portait sur la liquidation d'une société de fiducie constituée sous le régime des lois fédérales en Colombie-Britannique. Par suite de la liquidation, un client de l'Île-du-Prince-Édouard a présenté devant la Cour supérieure de cette province une demande de jugement déclaratoire portant que certains des fonds détenus par la société de fiducie faillie étaient détenus en fiducie et que cette société devait être déchue de sa qualité de fiduciaire. Notre Cour a conclu qu'en dépit de son lien très étroit avec l'Île-du-Prince-Édouard, le litige ne pouvait pas être soumis à la cour de cette province sans l'autorisation de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le juge Anglin a fait remarquer, à la p. 349 :

[TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que des inconvénients surgiront dans les cas exceptionnels où, comme en l'espèce, la liquidation de la société a lieu dans une province du Dominion très éloignée de la province de résidence des personnes intéressées en qualité de créancières ou de demandereses. Mais le législateur a probablement jugé nécessaire dans l'intérêt d'une liquidation prudente et économique que la cour chargée de la liquidation ait le contrôle non seulement de l'actif et des biens se trouvant en la possession de la société mise en

involved. The great balance of convenience is probably in favour of such single control though it may work hardship in some few cases.

27

Stewart was, as stated, a winding-up case, but the legislative policy in favour of “single control” applies as well to bankruptcy. There is the same public interest in the expeditious, efficient and economical clean-up of the aftermath of a financial collapse. Section 188(1) ensures that orders made by a bankruptcy court sitting in one province can and will be enforced across the country.

28

I have concluded that the jurisdiction of the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy was properly invoked by the petitioning creditors in this case but counsel for the appellant company says that his client, with its office in British Columbia, is not within its reach. The argument, in part, is that whatever the power of Parliament to confer national jurisdiction on a provincial superior court, that court is nevertheless provincially constituted, and for service of process its long arm statute must be complied with. The factual record does not show precisely how service of the trustee’s petition was effected on the appellant, but if the appellant had any concerns regarding the proprieties of service of the petition to initiate proceedings against it, such concerns were waived when Azco did not raise them in its motion brought in Hull. A good deal of time was occupied on the appeal with arguments about how a Quebec court could acquire *in personam* jurisdiction over a corporation resident in British Columbia, and whether the Quebec rules for service *ex juris* applied. The argument that the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy cannot exercise *in personam* jurisdiction over creditors in another province under the Act is rejected for the reasons of national jurisdiction already mentioned. Any objections regarding service of process are answered by the fact that Azco not only appeared in Quebec but invoked the jurisdiction of the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy to transfer the proceedings pursuant to s. 187(7) of the Act to the bankruptcy court sitting in Vancouver. Any remain-

liquidation, mais aussi de l’ensemble des litiges dans lesquels cette société pourrait être engagée. De façon générale, la prépondérance des inconvénients milite probablement en faveur de ce genre de contrôle unique, bien qu’il puisse comporter des désavantages dans certains cas.

Comme je l’ai mentionné, l’arrêt *Stewart* portait sur la liquidation d’une société, mais la politique législative favorisant le « contrôle unique » s’applique également en matière de faillite. Il y va du même intérêt public à la gestion expéditive, efficace et économique des retombées d’un effondrement financier. Par application du par. 188(1), les ordonnances du tribunal de faillite siégeant dans une province sont exécutoires et exécutées partout au pays.

J’ai conclu que les créanciers qui ont demandé la mise en faillite ont fait appel à bon droit à la compétence de la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite, mais l’avocat de l’appelante affirme que sa cliente, qui a un bureau en Colombie-Britannique, échappe à la compétence de cette cour. Il plaide, notamment que, quel que soit le pouvoir du Parlement de conférer une compétence nationale à la cour supérieure d’une province, il demeure que cette cour est constituée par la province et que la loi grâce à laquelle elle a le bras long doit être respectée en ce qui concerne la signification des actes de procédure. Les faits révélés par le dossier n’indiquent pas précisément de quelle manière la requête en recouvrement présentée par le syndic a été signifiée à l’appelante, mais si Azco avait des arguments à faire valoir relativement à la validité de la signification de cette requête introductive d’une instance contre elle, elle y a renoncé en ne les soulevant pas dans la requête qu’elle a présentée à Hull. En appel, une bonne partie de l’audience a été consacrée aux arguments portant sur la question de savoir comment un tribunal québécois pouvait acquérir la compétence *ratione personae* sur une société située en Colombie-Britannique et si les règles québécoises de signification *ex juris* s’appliquaient. Je rejette la prétention selon laquelle la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite ne peut exercer la compétence *ratione personae* sur les créanciers d’une autre province en vertu de la Loi, et ce pour les motifs déjà exposés qui tiennent à la compétence nationale de la cour. Aucune objection

ing issue with respect to *in personam* jurisdiction was thereby waived.

Azco did not, of course, waive its objection to jurisdiction over the subject matter of this particular dispute. That was a major point in its motion. I turn now to that issue.

3. *Are Contract Claims Nevertheless Excluded From Federal Bankruptcy Jurisdiction?*

The appellant's motion, as stated, argued that the trustee's claims against it are "exclusively contractual in nature" (para. 6) and that "[t]he Superior Court of the Bankruptcy Division of Hull does not have jurisdiction to hear this contractual claim against Azco" (para. 20). The theory underlying these contentions seems to be that contract claims relate to "Property and Civil Rights" within the meaning of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* and on that account lie outside the jurisdiction of the bankruptcy court. At para. 42 of its factum, for example, the appellant argues:

[TRANSLATION] Contrary to what the Court of Appeal affirms, the trustee's claim is therefore purely contractual in nature, under the civil law. It is not a remedy specifically provided for under the BIA such as the application to have preferential payments declared void (see sections 91 to 100 BIA). The mere fact that the plaintiff is a trustee does not alter the nature of the claim and does not turn it into a bankruptcy dispute.

Most bankruptcy issues, of course, present a property and civil rights aspect. It is true, however, that some of the decided cases which deny jurisdiction to the bankruptcy court do so on grounds that have a constitutional flavour, e.g., *In re Morris Lofsky* (1947), 28 C.B.R. 164 (Ont. C.A.), *per*

liée à la signification des actes de procédure ne saurait subsister, étant donné que Azco a non seulement comparu au Québec, mais aussi invoqué la compétence de la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite en lui demandant de renvoyer l'instance au tribunal de faillite siégeant à Vancouver par application du par. 187(7). Elle a ainsi renoncé à soulever toute question irrésolue concernant la compétence *ratione personae*.

Bien entendu, Azco n'a pas renoncé à contester la compétence *ratione materiae* sur l'objet du présent litige. Il s'agissait d'un élément prépondérant de sa requête. J'aborderai maintenant cette question.

3. *Les demandes de nature contractuelle échappent-elles néanmoins à la compétence fédérale en matière de faillite?*

Dans sa requête, l'appelante a prétendu que les demandes du syndic contre elle étaient [TRADUCTION] « de nature exclusivement contractuelle » (par. 6) et que la [TRADUCTION] « Division des faillites de la Cour supérieure de Hull n'a pas compétence pour entendre la présente demande de nature contractuelle contre Azco » (par. 20). La théorie qui sous-tend ces arguments est apparemment la suivante : comme les demandes contractuelles ont trait à « [l]a propriété et [aux] droits civils » au sens du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ces actions en justice ne relèvent pas de la compétence du tribunal de faillite. Au paragraphe 42 de son mémoire, par exemple, l'appelante soutient que :

Contrairement à ce qu'affirme la Cour d'appel, le recours du syndic est donc une affaire purement contractuelle, de droit civil. Il ne s'agit pas d'un recours spécifiquement prévu par la LFI tel le recours en annulation de paiement préférentiel (voir articles 91 à 100 LFI). Le simple fait que le demandeur soit un syndic ne change pas la nature du recours et n'en fait pas un litige en matière de faillite.

Bien entendu, la plupart des questions liées à la faillite concernent de près ou de loin la propriété et les droits civils. Il est cependant vrai que certains des arrêts qui nient la compétence du tribunal de faillite s'appuient sur des motifs à connotation constitutionnelle, p. ex., *In re Morris Lofsky* (1947), 28 C.B.R.

29

30

31

Roach J.A., at p. 167; *Sigurdson v. Fidelity Insurance Co.* (1980), 35 C.B.R. (N.S.) 75 (B.C.C.A.), at p. 102; *Re Holley* (1986), 54 O.R. (2d) 225 (C.A.); *In re Ireland* (1962), 5 C.B.R. (N.S.) 91 (Que. Sup. Ct.), per Bernier J., at p. 94, and *Falvo Enterprises Ltd. v. Price Waterhouse Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 336 (H.C.).

164 (C.A. Ont.), le juge Roach, p. 167; *Sigurdson c. Fidelity Insurance Co.* (1980), 35 C.B.R. (N.S.) 75 (C.A.C.-B.), p. 102; *Re Holley* (1986), 54 O.R. (2d) 225 (C.A.); *In re Ireland* (1962), 5 C.B.R. (N.S.) 91 (C.S. Qué.), le juge Bernier, p. 94, et *Falvo Enterprises Ltd. c. Price Waterhouse Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 336 (H.C.).

Il faut donc se demander ce qu'englobe le terme « faillite » au sens du par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Dans l'arrêt *In re The Moratorium Act (Sask.)*, [1956] R.C.S. 31, p. 46, le juge Rand a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] La faillite est une procédure bien connue par laquelle les biens d'un débiteur insolvable passent de façon coercitive sous administration judiciaire principalement dans l'intérêt des créanciers.

Ce concept-clé d'administration coercitive est apparu dès les premiers arrêts de notre jurisprudence en matière de faillite. Dans l'arrêt *Union St. Jacques de Montreal c. Bélisle* (1874), L.R. 6 P.C. 31, le lord Selborne a dit ce qui suit à la p. 36, en parlant des lois de portée générale régissant la faillite et l'insolvabilité : [TRADUCTION] « Les mots décrivent dans leur sens juridique connu les dispositions légales portant sur l'administration des biens des faillis et des personnes insolubles, conformément aux règles et aux définitions prescrites par la loi, y compris, bien sûr, les conditions d'application de la loi, sa procédure d'application et l'effet de son application ».

La description que lord chancelier Selborne a donnée de la faillite dans le contexte de la loi anglaise dans l'arrêt *Ellis c. Silber* (1872), L.R. 8 Ch. App. 83, p. 86, est encore plus utile :

[TRADUCTION] Ce qu'il y a à faire en cas de faillite, c'est l'administration de la faillite. Le débiteur et les créanciers, en qualité de parties à l'administration de la faillite, sont assujettis à cette juridiction. Les syndics ou les cessionnaires, en qualité de personnes chargées de l'administration, sont assujettis à cette juridiction. Les éléments d'actif qui leur sont remis et leur mode d'administration sont assujettis à cette juridiction; et il peut exister, comme je le crois, des catégories particulières

32 It is therefore necessary to come to an understanding of what is included in the subject matter of "Bankruptcy" within the meaning of s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867*.

33 In *In re The Moratorium Act (Sask.)*, [1956] S.C.R. 31, it was stated by Rand J., at p. 46, that:

Bankruptcy is a well understood procedure by which an insolvent debtor's property is coercively brought under a judicial administration in the interests primarily of the creditors.

34 The core concept of coercive administration appeared early in our bankruptcy jurisprudence. In *Union St. Jacques de Montreal v. Bélisle* (1874), L.R. 6 P.C. 31, Lord Selborne, speaking at p. 36 of general laws governing bankruptcy and insolvency, said: "The words describe in their known legal sense provisions made by law for the administration of the estates of persons who may become bankrupt or insolvent, according to rules and definitions prescribed by law, including of course the conditions in which that law is to be brought into operation, the manner in which it is to be brought into operation, and the effect of its operation".

35 More helpful still was Lord Selborne L.C.'s description of bankruptcy in the context of the English Act in *Ellis v. Silber* (1872), L.R. 8 Ch. App. 83, at p. 86:

That which is to be done in bankruptcy is the administration in bankruptcy. The debtor and the creditors, as the parties to the administration in bankruptcy, are subject to that jurisdiction. The trustees or assignees, as the persons intrusted with that administration, are subject to that jurisdiction. The assets which come to their hands and the mode of administering them are subject to that jurisdiction; and there may be, and I believe are, some special classes of transactions which, under special

clauses of the Acts of Parliament, may be specially dealt with as regards third parties. But the general proposition, that whenever the assignees or trustees in bankruptcy or the trustees under such deeds as these have a demand at law or in equity as against a stranger to the bankruptcy, then that demand is to be prosecuted in the Court of Bankruptcy, appears to me to be a proposition entirely without the warrant of anything in the Acts of Parliament, and wholly unsupported by any trace or vestige whatever of authority. [Emphasis added.]

Despite the fact that England is a unitary state without the constitutional limitations imposed by our division of powers, the courts in Canada have generally hewn ever since 1874 to the basic dividing line between disputes related to the administration of the bankrupt estate and disputes with “strangers to the bankruptcy”. The principle is that if the dispute relates to a matter that is outside even a generous interpretation of the administration of the bankruptcy, or if the remedy is not one contemplated by the Act, the trustee must seek relief in the ordinary civil courts. Thus in the Quebec case of *Re Ireland, supra*, the trustee brought proceedings to determine who had the right to proceeds of insurance policies taken out by the trustee on properties of the bankrupt estate. Bernier J. concluded that the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy lacked jurisdiction over the subject matter of the dispute. The controversy raised purely civil law questions and nothing in the Act conferred on the bankruptcy court a special jurisdiction to entertain these matters. Similar arguments prevailed in *Cry-O-Beef Ltd./Cri-O-Bœuf Ltée (Trustees of) v. Caisse Populaire de Black-Lake* (1987), 66 C.B.R. (N.S.) 19 (Que. C.A.); *In re Martin* (1953), 33 C.B.R. 163 (Ont. S.C.), at p. 169; *In re Reynolds* (1928), 10 C.B.R. 127 (Ont. S.C.), at p. 131; *Re Galaxy Interiors Ltd.* (1971), 15 C.B.R. (N.S.) 143 (Ont. S.C.); *Mancini (Trustee of) v. Falconi* (1987), 65 C.B.R. 246 (Ont. S.C.), and *Re Morris Lofsky, supra*, at p. 169.

The Quebec Court of Appeal has perhaps led the argument for a more expansive interpretation of what disputes properly come under the bankruptcy umbrella and can therefore properly be litigated in

d’opérations qui, en vertu de disposition législatives particulières, reçoivent un traitement particulier en ce qui a trait aux tiers. Mais la proposition générale selon laquelle c’est la Cour des faillites qui doit entendre les demandes que peuvent faire valoir en common law ou en equity, contre un étranger à la faillite, les cessionnaires ou syndics de faillite, ou les fiduciaires ainsi nommés par acte formaliste, me paraît dénuée de tout fondement légal et de toute trace de fondement jurisprudentiel. [Je souligne.]

Malgré le fait que l’Angleterre soit un État unitaire libre des restrictions constitutionnelles qu’impose notre partage des compétences, les tribunaux canadiens adhèrent généralement depuis 1874 à la division fondamentale entre les litiges liés à l’administration de l’actif du failli et les litiges impliquant des « étrangers à la faillite ». Le principe veut que si le litige a trait à une matière que même une interprétation généreuse de l’administration d’une faillite ne peut englober ou si la Loi ne prévoit pas la réparation visée, le syndic doit demander réparation aux tribunaux civils ordinaires. Ainsi, dans l’affaire québécoise *Re Ireland, précitée*, le syndic avait intenté une procédure pour faire décider qui avait droit au produit des polices d’assurance qu’il avait souscrites relativement à des biens faisant partie de l’actif du failli. Le juge Bernier a conclu que la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite n’avait pas compétence quant à l’objet du litige. Ce dernier soulevait purement des questions de droit civil et aucune disposition de la Loi ne conférerait au tribunal de faillite une compétence spéciale lui permettant de trancher ces questions. Les tribunaux ont retenu des arguments similaires dans les décisions *Cry-O-Beef Ltd./Cri-O-Bœuf Ltée (Trustees of) c. Caisse Populaire de Black-Lake* (1987), 66 C.B.R. (N.S.) 19 (C.A. Qué.); *In re Martin* (1953), 33 C.B.R. 163 (C.S. Ont.), p. 169; *In re Reynolds* (1928), 10 C.B.R. 127 (C.S. Ont.), p. 131; *Re Galaxy Interiors Ltd.* (1971), 15 C.B.R. (N.S.) 143 (C.S. Ont.); *Mancini (Trustee of) c. Falconi* (1987), 65 C.B.R. 246 (C.S. Ont.), et *Re Morris Lofsky, précitée*, p. 169.

La Cour d’appel du Québec a peut-être pavé la voie à une interprétation plus large de ce qui constitue un litige relevant du droit de la faillite et ressortissant donc au tribunal de faillite : *Geof-*

the bankruptcy court: *Geoffrion v. Barnett*, [1970] C.A. 273; *Arctic Gardens inc. (Syndic de)*, [1990] R.J.Q. 6; and *Excavations Sanoduc inc. v. Morency*, [1991] R.D.J. 423. See also the dissenting judgment of LeBel J.A., as he then was, in *Cry-O-Beef Ltd./Cri-O-Bœuf Ltée*, *supra*, and *In re Atlas Lumber Co. v. Grier and Sons Ltd.* (1922), 3 C.B.R. 226 (Que. Sup. Ct.); but the push is not confined to Quebec: *In re Maple Leaf Fruit Co.* (1949), 30 C.B.R. 23 (N.S.S.C.); *Re Westam Developments Ltd.* (1967), 10 C.B.R. (N.S.) 61 (B.C.C.A.), at p. 65; *Re M. B. Greer & Co.* (1953), 33 C.B.R. 69 (Ont. S.C.), at p. 70; *Re M.P. Industrial Mills Ltd.* (1972), 17 C.B.R. 226 (Man. Q.B.).

frion c. Barnett, [1970] C.A. 273; *Arctic Gardens inc. (Syndic de)*, [1990] R.J.Q. 6; et *Excavations Sanoduc inc. c. Morency*, [1991] R.D.J. 423. Voir aussi les motifs dissidents du juge LeBel, maintenant juge de notre Cour, dans l'arrêt *Cry-O-Beef Ltd./Cri-O-Bœuf Ltée*, précité, et *In re Atlas Lumber Co. c. Grier and Sons Ltd.* (1922), 3 C.B.R. 226 (C.S. Qué.), mais cette tendance ne se manifeste pas uniquement au Québec : *In re Maple Leaf Fruit Co.* (1949), 30 C.B.R. 23 (C.S.N.-É.); *Re Westam Developments Ltd.* (1967), 10 C.B.R. (N.S.) 61 (C.A.C.-B.), p. 65; *Re M. B. Greer & Co.* (1953), 33 C.B.R. 69 (C.S. Ont.), p. 70; *Re M.P. Industrial Mills Ltd.* (1972), 17 C.B.R. 226 (B.R. Man.).

38

It seems to me that the decided cases recognize that the word "Bankruptcy" in s. 91(21) of the *Constitution Act, 1867* must be given a broad scope if it is to accomplish its purpose. Anything less would unnecessarily complicate and undermine the economical and expeditious winding up of the bankrupt's affairs. Creation of a national jurisdiction in bankruptcy would be of little utility if its exercise were continually frustrated by a pinched and narrow construction of the constitutional head of power. The broad scope of authority conferred on Parliament has been passed along to the bankruptcy court in s. 183(1) of the Act, which confers a correspondingly broad jurisdiction.

La jurisprudence semble reconnaître que le mot « faillite » figurant au par. 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867* doit être interprété de façon large pour réaliser son objet. Une interprétation moins libérale compliquerait et entraverait inutilement la liquidation économique et expéditive de l'actif du failli. L'établissement d'une compétence nationale en matière de faillite se révélerait inutile si une interprétation étroite et restrictive de cette compétence constitutionnelle en entravait continuellement l'exercice. Par l'adoption du par. 183(1) de la Loi, le législateur fédéral a transmis au tribunal de faillite une vaste compétence équivalente à celle qu'il a reçue.

39

There are limits, of course. If the trustee's claim is in relation to a stranger to the bankruptcy, i.e. "persons or matters outside of [the] Act" (*Re Reynolds*, *supra*, at p. 129) or lacks the "complexion of a matter in bankruptcy" (*Re Morris Lofsky*, *supra*, at p. 169) it should be brought in the ordinary civil courts and not the bankruptcy court. However, claims for specific property may clearly be advanced in the bankruptcy courts (*Re Galaxy Interiors*, *supra*, and *Sigurdson*, *supra*), as can claims for relief specifically granted by the Act (*Re Ireland*, *supra*, and *Re Atlas Lumber*, *supra*). That said, it is sometimes difficult to discern the particular "golden thread" running through the cases. L. W. Houlden and G. B. Morawetz observe:

Il y a évidemment des limites. Si la demande du syndic est dirigée contre un étranger à la faillite, c.-à-d. [TRADUCTION] « des personnes ou des questions ne relevant pas de [la] Loi » (*Re Reynolds*, précité, p. 129), ou si elle n'est pas de la [TRADUCTION] « nature d'une affaire de faillite » (*Re Morris Lofsky*, précité, p. 169), elle doit être présentée aux tribunaux civils ordinaires, et non au tribunal de faillite. En revanche, on peut manifestement saisir le tribunal de faillite d'une demande de recouvrement d'un bien particulier (*Re Galaxy Interiors*, précité, et *Sigurdson*, précité) tout comme d'une demande sollicitant une réparation prévue par la Loi (*Re Ireland*, précité, et *Re Atlas Lumber*, précité). Cela dit, il est parfois difficile de percevoir le « fil d'or » particulier qui lie les décisions. L. W. Houlden et G. B. Morawetz font remarquer que :

There has been a great deal of litigation on this issue, and the cases are not always easy to reconcile. The difficulty flows from the division of constitutional powers in Canada, bankruptcy and insolvency being a federal power, and property and civil rights and the administration of justice being provincial powers.

(Bankruptcy and Insolvency Law of Canada (3rd ed. (looseleaf)), at I§4)

The short answer to the “property and civil rights” argument, however, is that the appellant poses the wrong question. The issue is whether the contractual dispute between it and the respondent trustee properly relates to the bankruptcy. If so, the fact it also has a property and civil rights aspect does not in any way impair the bankruptcy court’s jurisdiction.

4. *Does This Particular Contract Claim Come Within the Bankruptcy Court’s Jurisdiction?*

In this case, the respondent trustee, with the permission of the inspectors, is instituting a “legal proceeding” in the bankruptcy court under s. 30(1)(d) “relating to the property of the bankrupt”. In addition to the Azco and Sanou shares, the trustee says the definition of “property” in s. 2 includes “things in action” which, it is argued, includes the trustee’s monetary claims.

As to the shares and warrants, the trustee alleges in para. 108 of its petition that Azco is “acknowledged to be the nominal owner of 100% of Sanou Mining Corporation” which owns West African Gold & Exploration S.A., which in turn runs the mining concessions in Mali. The allegation, in effect, is that Azco holds the Sanou shares and warrants that rightfully belong to the bankrupt estate and is in a position to transfer them to the trustee if required to do so by the bankruptcy court.

As discussed above, it cannot plausibly be argued that the bankruptcy court lacks subject matter jurisdiction over the dispute because it is a contract case. The objection, more narrowly

[TRANSDUCTION] Il y a eu de nombreux litiges sur cette question et il n’est pas toujours facile de concilier les décisions. La difficulté découle du partage des compétences constitutionnelles au Canada, la faillite et l’insolvabilité étant de compétence fédérale et la propriété et les droits civils ainsi que l’administration de la justice étant de compétence provinciale.

(Bankruptcy and Insolvency Law of Canada (3^e éd. (feuilles mobiles)), I§4)

En bref, toutefois, la réponse à l’argument fondé sur « la propriété et les droits civils » est que l’appelante pose la mauvaise question. La question est de savoir si le litige contractuel entre l’appelante et le syndic intimé se rapporte bel et bien à la faillite. Dans l’affirmative, le fait que ce litige comporte également un aspect touchant la propriété et les droits civils n’écarte aucunement la compétence du tribunal de faillite.

4. *Cette demande contractuelle particulière relève-t-elle de la compétence du tribunal de faillite?*

En l’espèce, le syndic intimé a intenté, avec la permission des inspecteurs, une « procédure judiciaire se rapportant aux biens du failli » devant le tribunal de faillite en vertu de l’al. 30(1)d). Le syndic prétend que, outre les actions de Azco et de Sanou, la définition de « biens » figurant à l’art. 2 inclut les « droits incorporels », ce qui, selon lui, englobe ses demandes pécuniaires.

Quant aux actions et aux bons de souscription, le syndic allègue au par. 108 de sa requête que Azco est [TRANSDUCTION] « reconnue comme la propriétaire nominale de 100 % de Sanou Mining Corporation », qui est propriétaire de West African Gold & Exploration S.A., laquelle exploite les concessions minières au Mali. En fait, le syndic prétend que Azco détient les actions et les bons de souscription de Sanou qui font partie à bon droit de l’actif du failli et que Azco est en mesure de les lui transférer si le tribunal de faillite l’exige.

Comme je l’ai mentionné, on ne peut pas sérieusement prétendre que le tribunal de faillite n’a pas compétence sur l’objet du litige parce qu’il s’agit d’une affaire contractuelle. De façon plus étroite,

40

41

42

43

defined, is whether the bankruptcy court lacks jurisdiction because (i) the appellant is properly considered a “stranger to the bankruptcy”, or (ii) the bankruptcy court cannot award the remedy which the trustee seeks.

(i) Is the Appellant a “Stranger to the Bankruptcy”?

44 If a potential defendant is a “stranger” to the bankruptcy, the bankruptcy court may have no subject matter jurisdiction over the dispute (because it is not part of the bankruptcy) even though the “stranger” resides within the territorial jurisdiction of the court.

45 At the time of the trustee’s petition, the appellant had filed no proof of claim in the bankruptcy. It seems to have adopted a “come and get me approach”, that is to say, it would file a claim only if claimed against by the trustee. Eventually the trustee *did* claim against it by way of the January 18, 1999 petition and the appellant *did* give notice of its counterclaim in its February 24, 1999 motion, including the fact it held promissory notes for US\$3,844,858 signed by the bankrupt, payable on demand, constituting potential obligations now inherited by the trustee.

46 In a decision released concurrently, *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90, we uphold a decision of the Federal Court of Canada to dispose of the claims of maritime lienholders against a ship whose owner was adjudged bankrupt after the ship was arrested but before the *in rem* action had proceeded to judgment. We concluded that the Federal Court did not lose subject matter jurisdiction by virtue of the subsequent bankruptcy of the shipowner. We held that the Federal Court *could* have stayed its proceedings in deference to the bankruptcy court but was not, in the circumstances, obliged to do so.

la question est de savoir si le tribunal de faillite n’a pas compétence (i) parce que l’appelante est à juste titre considérée comme une « étrangère à la faillite » ou (ii) parce que le tribunal de faillite ne peut pas accorder la réparation que le syndic sollicite.

(i) L’appelante est-elle une « étrangère à la faillite »?

Si un défendeur potentiel est un « étranger » à la faillite, il se peut que le tribunal de faillite n’ait pas compétence sur l’objet du litige (parce que celui-ci ne fait pas partie de la faillite) même si l’« étranger » réside dans le ressort du tribunal.

Au moment de la requête en recouvrement présentée par le syndic, l’appelante n’avait déposé aucune preuve de réclamation dans le cadre de la faillite. Elle semble avoir adopté une « attitude attentiste », c’est-à-dire qu’elle entendait déposer une réclamation seulement si le syndic déposait une demande contre elle. Le syndic *a finalement déposé* une demande contre elle, dans sa requête en recouvrement du 18 janvier 1999, et l’appelante lui *a donné avis* de sa demande reconventionnelle dans sa requête du 24 février 1999, et notamment du fait qu’elle détenait des billets à ordre d’une valeur de 3 844 858 \$US signés par le failli et payables sur demande, lesquels constituaient des obligations éventuelles dont le syndic avait hérité.

Dans l’arrêt *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90, rendu simultanément, nous avons confirmé la décision de la Cour fédérale du Canada de statuer sur les demandes des titulaires de privilèges maritimes grevant un navire dont le propriétaire avait été déclaré failli après la saisie du navire, mais avant qu’il soit statué sur l’action réelle. Nous avons conclu que la Cour fédérale n’avait pas perdu compétence sur l’objet du litige à la suite de la faillite du propriétaire du navire. Nous avons statué que la Cour fédérale *aurait pu* surseoir à l’instance par déférence envers le tribunal de faillite, mais qu’elle n’était pas obligée d’y surseoir dans les circonstances.

The issue here is somewhat different. The appellant is resisting a claim by the trustee in bankruptcy and threatening to bring a counterclaim against the bankrupt estate based on the same set of commercial agreements. The appellant sought only to have the proceedings transferred to a different division of the bankruptcy court within Canada.

In *Re Morris Lofsky, supra*, the Ontario Court of Appeal dealt with a case where the trustee sought a declaration that the transfer of an automobile from the bankrupt to his wife was fraudulent and void as against the trustee and that it formed part of the property of the bankrupt. The wife resisted the claim on the ground that the automobile never belonged to the bankrupt (even though it was registered in his name). Roach J.A., at p. 169, found the wife was a stranger to the bankruptcy:

In my opinion, it must be concluded that the issue between the trustee and the appellant is not a matter in bankruptcy and that it is purely a matter of property and civil rights. It has none of the elements that would bring it within the former. No question as between debtor and creditor here arises in the distribution of a bankrupt estate. The appellant does not claim title to the automobile through the bankrupt. Indeed she says that the bankrupt never had title and that she was always the owner. I cannot think of any aspect of the issue that gives it the complexion of a matter in bankruptcy unless perhaps this, that the bankrupt pending the bankruptcy caused the new motor vehicle permit to be issued in her name. That does not make the issue one in bankruptcy when the sole question is who, as between the bankrupt and the appellant, was always the true owner.

See also *Re Reynolds, supra*, at p. 131.

On the record before us, however, the appellant takes the position that it is the largest creditor of the bankrupt estate and that it will “with certainty” counterclaim in answer to the trustee’s petition. The trustee, for its part, regards the appellant as the biggest debtor of the bankrupt estate. Far from being a “stranger” to the bankruptcy, Azco is potentially the

La question en litige en l’espèce est quelque peu différente. L’appelante conteste une demande du syndic de faillite et menace de présenter contre l’actif du failli une demande reconventionnelle fondée sur la même série de contrats commerciaux. L’appelante a sollicité uniquement le renvoi de l’instance à une autre division du tribunal de faillite au Canada.

Dans l’arrêt *Re Morris Lofsky*, précité, la Cour d’appel de l’Ontario s’est penchée sur une affaire dans laquelle le syndic avait sollicité un jugement déclaratoire portant que la cession d’une automobile du failli à son épouse était frauduleuse et inopposable au syndic et que cette automobile faisait partie des biens du failli. L’épouse a contesté la demande en faisant valoir que l’automobile n’avait jamais appartenu au failli (même si elle était immatriculée au nom de ce dernier). À la page 169, le juge Roach a conclu que l’épouse était une étrangère à la faillite :

[TRADUCTION] J’estime qu’on doit conclure que la question en litige entre le syndic et l’appelante n’est pas une affaire de faillite, mais bien une pure affaire de propriété et de droits civils. Elle ne comporte aucun élément susceptible d’en faire une affaire de faillite. Elle ne soulève aucune question opposant débiteur et créancier dans la répartition de l’actif du failli. L’appelante ne revendique pas le titre de l’automobile par l’entremise du failli. En effet, elle affirme que le failli n’a jamais détenu le titre et qu’elle en a toujours été la propriétaire. Je ne peux voir aucun aspect de la question qui lui conférerait la nature d’une affaire de faillite sauf, peut-être, le fait que le failli a fait immatriculer le véhicule au nom de l’appelante au cours de la faillite. Cette immatriculation ne transforme pas la question en affaire de faillite, la seule question se posant étant de savoir qui, du failli ou de l’appelante, a toujours été le véritable propriétaire.

Voir également l’arrêt *Re Reynolds*, précité, p. 131.

Dans le dossier qui nous est soumis, toutefois, l’appelante plaide qu’elle est la créancière la plus importante de l’actif du failli et qu’elle déposera « assurément » une demande reconventionnelle en réponse à la requête du syndic. Pour sa part, le syndic considère l’appelante comme la débitrice la plus importante de l’actif du failli. Loin d’être une

most significant player in the role of either creditor or debtor, as the case may be.

(ii) Does the Bankruptcy Court Have Jurisdiction to Grant the Remedy Sought by the Trustee?

50

It is well established that the bankruptcy court does not have the general jurisdiction of a civil court to award damages in breach of contract cases. It is restricted to the jurisdiction and remedies contemplated by the Act. In *Sigurdson, supra*, the trustee in bankruptcy sued two former directors of the bankrupt for fraud in the Supreme Court of British Columbia. During the course of its reasons on another point, the Court of Appeal remarked that if the trustee had sued in the bankruptcy court “he would have been in the wrong court” as “[h]e must use the ordinary civil courts to sue for damages” (p. 102). See also *Re Ireland, supra*.

51

In my view, however, the trustee’s claim here is not properly characterized as a simple claim in damages, even though the trustee has attempted to place a monetary value on the shares which it says belong to the bankrupt estate but which the appellant, it says, wrongfully withholds. I do not think the bankruptcy court is precluded from considering an order that substitutes money for the claimed property in circumstances where the claimed property cannot be delivered up. The bulk of the trustee’s claim, it will be recalled, is for 125,000 shares of Azco itself, plus 3.5 million shares of Sanou and 4 million warrants of Sanou, which the trustee says is wholly controlled by the appellant. The trustee’s petition states in para. 65:

The Debtor/Company is also entitled to receive 3,500,000 shares of Sanou and 4,000,000 warrants of said Sanou, as per the terms of the Agreement, the whole as it has been acknowledged by the Respondent itself in their annual report to United States Securities and Exchange commission for the fiscal year ending June 30, 1997, filed as Exhibit R-24;

« étrangère » à la faillite, Azco en est potentiellement le joueur le plus important, que ce soit en qualité de créancière ou de débitrice.

(ii) Le tribunal de faillite a-t-il compétence pour accorder la réparation sollicitée par le syndic?

Il est bien établi que le tribunal de faillite ne possède pas la compétence générale d’un tribunal civil pour accorder des dommages-intérêts à la suite de la rupture d’un contrat. Sa compétence et son pouvoir de réparation se limitent à ce que prévoit la Loi. Dans *Sigurdson*, précité, le syndic de faillite avait poursuivi deux anciens administrateurs du failli pour fraude devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Dans une partie de ses motifs portant sur un autre point, la Cour d’appel a fait remarquer que si le syndic avait intenté sa poursuite devant le tribunal de faillite, [TRADUCTION] « il se serait trouvé devant le mauvais tribunal » car « [i]l doit s’adresser aux tribunaux civils ordinaires pour engager une poursuite en dommages-intérêts » (p. 102). Voir également *Re Ireland*, précité.

Je suis toutefois d’avis qu’on ne peut pas, en l’espèce, qualifier la demande du syndic de simple demande en dommages-intérêts, même s’il a tenté de déterminer la valeur pécuniaire des actions qui, selon lui, reviennent à l’actif du failli et que l’appelante retient sans droit. Je ne pense pas qu’il soit interdit au tribunal de faillite d’envisager une ordonnance dans laquelle de l’argent serait substitué au bien revendiqué, lorsque celui-ci ne peut être remis. Il faut rappeler que le syndic réclame essentiellement 125 000 actions de Azco même, plus 3,5 millions d’actions et 4 millions de bons de souscription de Sanou, qu’il prétend contrôlée entièrement par l’appelante. La requête du syndic dit ce qui suit, au par. 65 :

[TRADUCTION] La société débitrice a également droit aux 3 500 000 actions et aux 4 000 000 bons de souscription de Sanou, conformément au contrat, comme l’a reconnu l’intimée elle-même dans son rapport annuel destiné à la *Securities and Exchange Commission* des États-Unis pour l’exercice financier se terminant le 30 juin 1997, déposé comme pièce R-24;

As to the Azco shares, the trustee states in para. 101 of its petition that it claims “125,000 shares of Azco Mining Corporation which had a value at 2.70\$ Cdn dollars per share”.

Equally significantly, the appellant acknowledges that the gist of the action against it is the delivery up of the shares. It says at para. 25 of its factum:

[TRANSLATION] It seems that the trustee’s claim is a real action rather than a personal one since the trustee is primarily seeking the rights to 125,000 shares of Azco and 3,500,000 shares and 4,000,000 warrants of Sanou (see in particular paragraphs 95, 98, 99 and 102 of the trustee’s petition).

The parties therefore seem to agree, despite some obfuscating language in the trustee’s petition, that the bulk of the trustee’s claim is properly characterized as a claim to specific property of the bankrupt which is being wrongfully withheld by the appellant. As such, the trustee is entitled to claim the shares and warrants (s. 17(1)) and, with the permission of the inspectors (which it obtained) to bring a legal proceeding in relation thereto in the bankruptcy court (s. 30(1)(d)). The trustee, relying on these statutory provisions and remedies, clearly brings its claim within the Act. See *Re Galaxy Interiors, supra, per Houlden J.*, at p. 144; *Mancini, supra, per Catzman J.*, at pp. 250-51; *Re Atlas Lumber, supra, per Rinfret J.*, at p. 234.

It will be for the bankruptcy court in Hull to scrutinize the petition when the facts are known and the parties’ positions on the issues are clarified to determine whether any particular element of the trustee’s multiple claims falls outside its jurisdiction. For present purposes, it is sufficient to hold that the bulk of the trustee’s claim is cognizable in bankruptcy for the reasons previously discussed. On the present state of the record (this being a preliminary motion), we can go no further.

Quant aux actions de Azco, le syndic déclare au par. 101 de sa requête qu’il réclame [TRADUCTION] « 125 000 actions de Azco Mining Corporation qui avaient une valeur de 2,70 \$CAN l’action ».

Il est tout aussi important de noter que l’appelante reconnaît que l’action intentée contre elle vise essentiellement la remise des actions et déclare ce qui suit au par. 25 de son mémoire :

Il semble que le recours du syndic est une action réelle plutôt qu’une action personnelle puisque le syndic cherche principalement à se faire reconnaître des droits sur 125 000 actions d’Azco et 3 500 000 actions et 4 000 000 bons de souscription de la compagnie Sanou (voir notamment les paragraphes 95, 98, 99 et 102 de la requête du syndic).

Malgré l’emploi de termes qui laissent perplexes dans la requête du syndic, les parties semblent donc s’entendre pour dire que la demande du syndic doit essentiellement être qualifiée de demande de recouvrement de biens précis du failli que l’appelante retient sans droit. Par conséquent, le syndic a le droit de réclamer les actions et les bons de souscription (par. 17(1)) et, avec la permission des inspecteurs (qu’il a obtenue), d’intenter une procédure judiciaire se rapportant à ces biens devant le tribunal de faillite (al. 30(1)d)). En invoquant ces dispositions législatives et les réparations qu’elles prévoient, le syndic situe manifestement sa réclamation dans le cadre de la Loi. Voir *Re Galaxy Interiors, précité, le juge Houlden, p. 144; Mancini, précité, le juge Catzman, p. 250-251; Re Atlas Lumber, précité, le juge Rinfret, p. 234.*

Lorsque les faits seront connus et que la position des parties sur les questions en litige seront précisées, il incombera au tribunal de faillite de Hull d’examiner la requête en recouvrement de biens pour déterminer si un élément particulier des diverses demandes du syndic échappe à sa compétence. Pour le moment, il suffit de conclure que la demande du syndic se rapporte essentiellement à la faillite, pour les motifs que j’ai déjà exposés. Dans l’état actuel du dossier (il s’agit d’une requête préliminaire), nous ne pouvons aller plus loin.

52

53

54

55

5. *Even if Fully Clothed with Jurisdiction to Hear This Case, Should the Bankruptcy Court in Hull Nevertheless Have Transferred the File to the Court Exercising Counterpart Bankruptcy Jurisdiction in Vancouver?*

5. *Même s'il avait pleine et entière compétence pour entendre la présente affaire, le tribunal de faillite de Hull aurait-il dû renvoyer le dossier au tribunal ayant la même compétence en matière de faillite à Vancouver?*

56 If persuaded that the affairs of the bankrupt could be (i) more economically administered in another bankruptcy district or division or (ii) for "other sufficient cause", the bankruptcy court is authorized to transfer "any proceedings" pending before it to the other bankruptcy district or division (s. 187(7)).

Le tribunal peut, (i) s'il est convaincu que les affaires du failli peuvent être administrées d'une manière plus économique dans un autre district ou dans une autre division des faillites ou (ii) pour « un autre motif suffisant », renvoyer « des procédures » en cours devant lui à l'autre district ou division de faillite (par. 187(7)).

57 Section 187(7) provides a method for transferring proceedings between the various bankruptcy courts in Canada. As discussed below, it raises different issues than the specific international situation dealt with in *Holt Cargo Systems, supra*, released concurrently.

Le paragraphe 187(7) établit une méthode pour renvoyer des procédures entre différents tribunaux de faillite au Canada. On verra plus loin que ce paragraphe soulève des questions différentes de la situation internationale particulière en cause dans *Holt Cargo Systems*, précité, rendu simultanément.

58 The motions judge exercised his discretion against making a transfer order in this case. The appellant must therefore show an error of law or principle or failure to take into consideration a major element in the determination of the case: *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 588. The scope of this discretion in bankruptcy cases was recognized in *Re Lions D'Or Ltée* (1965), 8 C.B.R. (N.S.) 171 (Que. Sup. Ct.), and *Re M. Pollack Ltée* (1979), 30 C.B.R. (N.S.) 256 (Que. Sup. Ct.).

Le juge des requêtes a exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant d'ordonner le renvoi en l'espèce. L'appelante doit donc démontrer que cette décision est entachée d'une erreur de droit ou de principe ou de l'omission de prendre en considération un élément prépondérant : *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 588. Les décisions *Re Lions D'Or Ltée* (1965), 8 C.B.R. (N.S.) 171 (C.S. Qué.), et *Re M. Pollack Ltée* (1979), 30 C.B.R. (N.S.) 256 (C.S. Qué.), ont reconnu la portée de ce pouvoir discrétionnaire en matière de faillite.

59 The appellant says the courts below erred in both law and principle. They erred in law, it argues, because art. 3148 of the *Civil Code of Québec* required the bankruptcy court to decline jurisdiction in light of the "choice of forum" clauses, and they erred in principle because there is no substantial connection between the dispute and the Province of Quebec. In this regard, it relies on *Bourque Consumer Electronics Inc. (Syndic de)*, J.E. 91-1040 (Sup. Ct.), and *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897.

L'appelante affirme que les cours d'instance inférieure ont commis une erreur, tant sur le plan du droit que sur celui des principes. Selon l'appelante, elles ont commis une erreur de droit parce que l'art. 3148 du *Code civil du Québec* obligeait le tribunal de faillite à se déclarer incompétent vu les clauses « d'élection de for ». Par ailleurs, elles ont commis une erreur de principe parce qu'il n'existe aucun lien important entre le litige et la province de Québec. À cet égard, l'appelante invoque les décisions *Bourque Consumer Electronics (Syndic de)*, J.E. 91-1040 (C.S.), et *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897.

(i) Choice of Forum Clause

The appellant's point is that the applicable rules are found in the *Civil Code of Québec*, and in particular art. 3148 which provides in part that:

... a Québec authority has no jurisdiction where the parties, by agreement, have chosen to submit all existing or future disputes between themselves relating to a specified legal relationship to a foreign authority or to an arbitrator, unless the defendant submits to the jurisdiction of the Québec authority.

The choice of forum objection fails, with respect, both on the facts and on the law. In terms of facts, the only relevant agreements are those to which Eagle was a party. Clause 28 in the June 7, 1996 financing agreement and clause 20 of the management services agreement are both no more than choice of law provisions. The Québec courts are perfectly able to apply the law of British Columbia. The import of clause 17 of the West African Gold & Exploration S.A. debenture of August 9, 1996 is more obscure, but as Azco is not a party to the debenture and therefore cannot be sued upon it, its terms are irrelevant.

As to the legal issue, the question is whether arts. 3148 or 3135 of the *Civil Code of Québec* have any application to this proceeding at all. These provisions will only apply in bankruptcy court "[i]n cases not provided for in the Act or these Rules" (*Bankruptcy and Insolvency General Rules*, s. 3). The fact is that s. 187(7) specifically provides that a transfer will be ordered only where there is satisfactory proof that a proceeding will be "more economically administered" in another division or district, which the appellant did not allege, or "for other sufficient cause". The appellant argues that such general words need to be "supplemented" by the more specific provisions of the *Civil Code of Québec*. But this is incorrect. Resort is to be had to the provincial rules only "[i]n cases not provided for". Here, provision has been made. The door is therefore not open to these particular provisions of the *Civil Code of Québec*. This interpretation of s. 3 is not only inevitable, it is desirable. The *Civil Code of Québec*

(i) La clause d'élection de for

L'appelante tente de démontrer que les règles applicables se trouvent dans le *Code civil du Québec*, notamment à l'art. 3148, qui prévoit en partie que :

... les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.

L'argument fondé sur l'élection de for est malheureusement mal fondé, tant en fait qu'en droit. Pour ce qui est des faits, les seuls contrats pertinents sont ceux auxquels Eagle était partie. La clause 28 figurant au contrat de financement du 7 juin 1996 et la clause 20 du contrat de services de gestion ne constituent rien de plus que l'expression du choix des lois applicables. Les tribunaux québécois sont parfaitement capables d'appliquer les lois de la Colombie-Britannique. Le sens de la clause 17 du contrat d'emprunt sous forme de débenture de la West African Gold & Exploration S.A. conclu le 9 août 1996 est moins clair, mais, comme Azco n'y était pas partie et ne peut donc pas être poursuivie en vertu de ce contrat, ses stipulations ne sont pas pertinentes.

Pour ce qui est du droit, il s'agit de savoir si les art. 3148 ou 3135 du *Code civil du Québec* s'appliquent de quelque manière à la présente instance. Ces dispositions ne trouvent application dans une instance devant le tribunal de faillite que « [d]ans les cas non prévus par la Loi ou les présentes règles » (*Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*, art. 3). Le paragraphe 187(7) prévoit explicitement que le renvoi n'est ordonné que lorsqu'il est prouvé de façon satisfaisante qu'une instance sera « administré[e] d'une manière plus économique » dans une autre division ou dans un autre district, ce que l'appelante n'a pas soutenu, ou pour « un autre motif suffisant ». L'appelante prétend qu'il faut « préciser » ces mots de portée générale au moyen des dispositions plus particulières du *Code civil du Québec*. Mais, cela est inexact. Il faut recourir aux règles provinciales seulement « [d]ans les cas non prévus ». En l'espèce, le cas est prévu. On ne peut donc pas faire appel aux dispositions particulières

60

61

62

applies across a vast range of subjects. When s. 187(7) speaks of “sufficient cause”, it does so in the specific context of bankruptcy.

du *Code civil du Québec*. Cette interprétation de l’art. 3 est non seulement inévitable, mais souhaitable. Le *Code civil du Québec* s’applique à un vaste éventail de matières. Lorsque le par. 187(7) parle de « motif suffisant », il le fait dans le contexte particulier de la faillite.

63 Leaving aside, then, the inapplicable directives of the *Civil Code of Québec*, the question is whether a choice of forum clause would amount to “sufficient cause” for the purpose of s. 187(7) to the extent that it would be an error of law for the motions judge to have declined to give it effect in the circumstances of this case. In my view a choice of forum clause (where there really is one) ought to be taken into careful consideration by a motions judge but it is not binding: J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws* (4th ed. 1997), at pp. 262-63. See *Sarabia v. “Oceanic Mindoro” (The)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143 (C.A.), per Huddart J.A., at p. 153 (leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xiv); *Volkswagen Canada Inc. v. Auto Haus Frohlich Ltd.*, [1986] 1 W.W.R. 380 (Alta. C.A.), per Kerans J.A., at p. 381; *Ash v. Lloyd’s Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 235 (Gen. Div.), aff’d (1992), 9 O.R. (3d) 755 (C.A.) (leave to appeal refused, [1992] 3 S.C.R. v); *Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Pre Print Inc.* (1996), 131 D.L.R. (4th) 471 (N.S.C.A.).

(ii) Public Policy Considerations

64 It could be argued that the public policy favouring a “single control” of bankruptcy proceedings and opposition to their fragmentation demands that a choice of forum clause receive lesser effect in bankruptcy than in the context of ordinary commercial litigation: *Industrial Packaging Products Co. v. Fort Pitt Packaging International, Inc.*, 161 A.2d 19 (Pa. 1960); *In re Treco*, 239 B.R. 36 (S.D.N.Y. 1999), aff’d 240 F.3d 148 (2d Cir. 2001).

65 In *Re Moratorium Act*, *supra*, Rand J. discussed important “public policy” objectives of bankruptcy legislation, at p. 46:

To this proceeding not only a personal stigma may attach but restrictions on freedom in future business activity may

Il faut donc laisser de côté la prescription inapplicable du *Code civil du Québec* et se poser la question de savoir si une clause d’élection de for constituerait un « motif suffisant » au sens du par. 187(7), de sorte que le juge des requêtes aurait commis une erreur de droit en ne lui donnant pas effet dans les circonstances. D’après moi, un juge des requêtes devrait examiner avec soin une clause d’élection de for (lorsqu’il en existe réellement une), mais il n’est pas lié par une telle clause : J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws* (4^e éd. 1997), p. 262-263. Voir *Sarabia c. « Oceanic Mindoro » (The)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143 (C.A.), le juge Huddart, p. 153, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xiv; *Volkswagen Canada Inc. c. Auto Haus Frohlich Ltd.*, [1986] 1 W.W.R. 380 (C.A. Alb.), le juge Kerans, p. 381; *Ash c. Lloyd’s Corp.* (1991), 6 O.R. (3d) 235 (Div. gén.), conf. par (1992), 9 O.R. (3d) 755 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1992] 3 R.C.S. v; *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. Pre Print Inc.* (1996), 131 D.L.R. (4th) 471 (C.A.N.-É.).

(ii) Considérations d’intérêt public

Il serait possible de prétendre que le principe d’intérêt public favorisant le « contrôle unique » des instances en matière de faillite et s’opposant à leur fragmentation commande qu’on attribue moins de poids à une clause d’élection de for en matière de faillite que dans le contexte des litiges commerciaux ordinaires : *Industrial Packaging Products Co. c. Fort Pitt Packaging International, Inc.*, 161 A.2d 19 (Pa. 1960); *In re Treco*, 239 B.R. 36 (S.D.N.Y. 1999), conf. par 240 F.3d 148 (2d Cir. 2001).

Dans l’arrêt *Re Moratorium Act*, précité, le juge Rand a parlé des objectifs d’« ordre public » importants des dispositions législatives en matière de faillite, à la p. 46 :

[TRADUCTION] À cette procédure peuvent se rattacher non seulement la stigmatisation de la personne mais des

result. The relief to the debtor consists in the cancellation of debts which, otherwise, might effectually prevent him from rehabilitating himself economically and socially.

See also *Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde*, [1952] 2 S.C.R. 109, at p. 120.

In his treatise on bankruptcy, Professor Albert Bohémier states on the purpose of the Act:

[TRANSLATION] The purpose of the *Bankruptcy Act* is to protect the debtor, his or her creditors and the public interest. These objectives have always been present but to varying degrees. It can be stated with certainty that the more a society promotes credit and therefore debt, the more the legislation will tend to give priority to alleviating the lot of honest and hapless debtors. A scheme based on debt must include a self-regulating system so that defaulting debtors may eventually be reintegrated into the system and become productive elements once again.

(*Faillite et insolvabilité* (1992), vol. 1, at p. 48)

The implementation of these public policies might be expected to take priority over private “choice of forum” agreements where the two come into conflict, as indeed Robert J.A. concluded in the Quebec Court of Appeal. A similar position is expressed in I. F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law* (1999), at p. 47, fn. 73:

[P]rivate contractual arrangements between parties cannot prevail over the exercise of bankruptcy jurisdiction, which belongs to the realm of public policy, serving a wider spread of interests including, ultimately, those of society at large.

In the United States, however, there is a competing body of judicial opinion that a trustee in bankruptcy who sues on an agreement containing a forum selection clause should, as a general rule, be bound by that clause to the same extent as the parties thereto: see *Coastal Steel Corp. v. Tilghman Wheelabrator Ltd.*, 709 F.2d 190 (3d Cir. 1983); *In re Diaz Contracting, Inc.*, 817 F.2d 1047 (3d Cir. 1987), and *Hays and Co. v. Merrill Lynch*, 885 F.2d 1149 (3d Cir. 1989).

contraintes restreignant sa liberté dans ses activités commerciales futures. La réparation pour le débiteur consiste à annuler ses dettes, qui pourraient autrement faire obstacle à sa réadaptation économique et sociale.

Voir aussi *Industrial Acceptance Corp. c. Lalonde*, [1952] 2 R.C.S. 109, p. 120.

Dans son traité sur la faillite, le professeur Albert Bohémier dit ce qui suit au sujet de l'objectif de la Loi :

La *Loi sur la faillite* a pour but de protéger le débiteur, ses créanciers et l'intérêt public. Ces objectifs ont toujours été présents, mais avec une intensité variable. On peut affirmer sans craindre de se tromper que plus une société favorise le crédit et donc l'endettement, plus la législation aura tendance à faire primer le souci d'atténuer le sort des débiteurs honnêtes et infortunés. Un régime qui repose sur l'endettement doit comporter un système auto-régulateur de sorte que les débiteurs défaillants puissent éventuellement être réintégrés dans le système et redevenir des éléments productifs.

(*Faillite et insolvabilité* (1992), vol. 1, p. 48)

En cas de conflit, on pourrait s'attendre à ce que la mise en œuvre de ces principes d'intérêt public ait priorité sur les conventions privées d'élection de for, comme l'a effectivement conclu le juge Robert de la Cour d'appel du Québec. Une opinion semblable est exprimée dans I. F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law* (1999), p. 47, note 73 :

[TRADUCTION] [L]es arrangements contractuels privés entre les parties ne peuvent avoir préséance sur l'exercice de la compétence en matière de faillite, qui est du domaine de l'ordre public et sert une plus vaste gamme d'intérêts y compris, en bout de ligne, ceux de la société dans son ensemble.

Il existe toutefois aux États-Unis un courant jurisprudentiel contraire portant que, règle générale, un syndic de faillite qui engage un recours fondé sur une convention comportant une clause d'élection de for devrait être lié par cette clause dans la même mesure que les parties qui l'ont stipulée : voir *Coastal Steel Corp. c. Tilghman Wheelabrator Ltd.*, 709 F.2d 190 (3d Cir. 1983); *In re Diaz Contracting, Inc.*, 817 F.2d 1047 (3d Cir. 1987), et *Hays and Co. c. Merrill Lynch*, 885 F.2d 1149 (3d Cir. 1989).

68 In my view, for the reasons previously mentioned, the choice of forum clause would be a significant factor under s. 187(7) but not, in the context of the public policies expressed in the Act, a controlling factor.

69 In light of my conclusion that the appellant does not have the benefit of a “choice of forum” clause, I need not undertake the exercise of considering whether in this case there is any conflict between private choice and public interest, and if so, how “choice of forum” considerations should be balanced in this case against *Amchem*, *supra*, and public interest factors within the framework of s. 187(7) of the Act.

70 The bottom line is that the appellant is unable to show that the motions judge committed any error of law in declining to transfer the proceeding to Vancouver.

(iii) Error of Principle

71 The appellant, relying on *Amchem*, *supra*, argues that this dispute has its most real and substantial connection to British Columbia, and that the motions judge erred in principle in ignoring relevant factors in coming to the opposite conclusion.

72 Again, with respect, I do not think this position is sustainable on the law or the facts.

73 In the first place, as stated, the *Amchem* approach has to be applied here with full regard to the context of Canadian bankruptcy legislation. This appeal involves the allocation of a particular bankruptcy matter within a single national bankruptcy scheme created by the Act. As shown in *Holt Cargo Systems*, *supra*, consideration of the allocation of a matter having different aspects (e.g. maritime law and bankruptcy law), as between Canadian courts and foreign courts operating under quite different legislative or other schemes, may raise different problems.

Selon moi, pour les motifs déjà exposés, la clause d'élection de for constituerait un facteur important pour l'application du par. 187(7), mais il ne serait pas déterminant dans le contexte des principes d'intérêt public exprimés dans la Loi.

Vu ma conclusion que l'appelante ne bénéficie pas d'une clause d'élection de for en l'espèce, il n'y a pas lieu que j'entreprenne l'examen de la question de savoir s'il y a ici conflit entre le choix privé et l'intérêt public et, le cas échéant, quel poids doit être accordé à l'élection de for en regard des facteurs d'intérêt public énoncés dans *Amchem*, précité, dans le cadre du par. 187(7) de la Loi.

En bout de ligne, l'appelante est incapable de démontrer que le juge des requêtes a commis une erreur de droit en refusant de renvoyer l'instance à Vancouver.

(iii) L'erreur de principe

Se fondant sur l'arrêt *Amchem*, précité, l'appelante prétend que le litige actuel a son lien le plus réel et le plus important avec la Colombie-Britannique et que le juge des requêtes a commis une erreur de principe en ne prenant pas en considération certains facteurs pertinents pour tirer la conclusion inverse.

Encore une fois, j'estime que cette position est indéfendable en fait et en droit.

En premier lieu, comme je l'ai déjà dit, il faut appliquer en l'espèce la méthode suivie dans l'arrêt *Amchem* en tenant pleinement compte du contexte de la législation canadienne en matière de faillite. Le présent pourvoi porte sur l'attribution d'une affaire de faillite particulière à un tribunal à l'intérieur d'un seul régime national de faillite créé par la Loi. Comme le démontre l'arrêt *Holt Cargo Systems*, précité, l'examen de l'attribution d'une affaire comportant différents aspects (p. ex., un aspect de droit maritime et un aspect de droit de la faillite) entre les tribunaux canadiens et les tribunaux étrangers, assujettis à des régimes fort différents, notamment sur le plan législatif, peut soulever divers problèmes.

Secondly, *Amchem* and its progeny involved private litigation. Here, as explained in *Holt Cargo Systems, supra*, there is the important public interest aspect mentioned above. The Court looks not only at the *Amchem* factors, but must strive to give effect to Parliament's intent to create an economical and efficient national system for the administration of bankrupt estates, as evidenced in the Act.

It is in the public interest to facilitate the speedy resolution of the fallout from a financial collapse. This, as noted in *Holt Cargo Systems* was not present in the *Amchem* fact situation. In fact, there are stronger policy considerations here than in *Holt Cargo Systems*. That case dealt with a choice between a maritime law action in Halifax for the determination of claims of *secured* creditors that had already proceeded to default judgment and, as an alternative, the exercise of jurisdiction by the Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy acting at the behest of the bankruptcy court in Belgium in a matter that was still in its early stages of organization. In those circumstances the Federal Court of Canada declined to stay the maritime law action, and its exercise of discretion was upheld by the Federal Court of Appeal and by this Court.

In the present case, we are confronted with a federal statute that *prima facie* establishes one command centre or "single control" (*Stewart, supra*, at p. 349) for all proceedings related to the bankruptcy (s. 183(1)). Single control is not necessarily inconsistent with transferring particular disputes elsewhere, but a creditor (or debtor) who wishes to fragment the proceedings, and who cannot claim to be a "stranger to the bankruptcy", has the burden of demonstrating "sufficient cause" to send the trustee scurrying to multiple jurisdictions. Parliament was of the view that a substantial connection sufficient to ground bankruptcy proceedings in a particular district or division is provided by proof of facts within

En deuxième lieu, l'arrêt *Amchem* et les arrêts qui l'ont suivi portaient sur des litiges privés. Le présent pourvoi, tout comme cela a été expliqué dans l'arrêt *Holt Cargo Systems*, précité, comporte l'aspect important de l'intérêt public mentionné précédemment. Notre Cour ne peut s'en tenir seulement aux facteurs énoncés dans *Amchem*; elle doit s'efforcer de donner effet à l'intention manifeste du législateur, exprimée dans la Loi, de créer un système national économique et efficace d'administration de l'actif des faillis.

Il est dans l'intérêt public de faciliter la résolution rapide des retombées d'un effondrement financier. Comme nous l'avons souligné dans l'arrêt *Holt Cargo Systems*, on ne retrouvait pas ce facteur dans la situation factuelle en cause dans *Amchem*. En fait, il existe des considérations de principe plus fortes en l'espèce que dans l'affaire *Holt Cargo Systems*. Dans cette affaire, il fallait choisir entre, d'une part, une action de droit maritime intentée à Halifax portant sur les réclamations de créanciers *garantis* qui avaient déjà obtenu un jugement par défaut et, d'autre part, l'exercice de sa compétence par la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite à la demande du tribunal de faillite de la Belgique, dans une affaire qui en était encore à ses étapes préliminaires. Dans ces circonstances, la Cour fédérale du Canada a refusé d'ordonner la suspension de la procédure de droit maritime et la Cour d'appel fédérale ainsi que notre Cour ont confirmé sa décision discrétionnaire.

En l'espèce, nous faisons face à une loi fédérale qui établit à première vue un centre de commandement ou un « contrôle unique » (*Stewart, précité*, p. 349) pour la totalité des procédures liées à la faillite (par. 183(1)). Le contrôle unique n'est pas nécessairement incompatible avec le renvoi de litiges particuliers à d'autres ressorts, mais le créancier (ou le débiteur) qui désire fragmenter les procédures et qui ne peut pas prétendre être un « étranger à la faillite » a le fardeau de démontrer l'existence d'un « motif suffisant », justifiant que le syndic doive accourir dans plusieurs ressorts. Le législateur a jugé que la preuve des faits visés par la définition de l'expression « localité d'un

the statutory definition of “locality of a debtor” in s. 2(1). The trustee in that locality is mandated to “recuperate” the assets, and related proceedings are to be controlled by the bankruptcy court of that jurisdiction. The Act is concerned with the economy of winding up the bankrupt estate, even at the price of inflicting additional cost on its creditors and debtors.

77 The “balancing test” advocated by the appellant based on the *Amchem* factors and general principles of private international law fails to take these important public policies into account. The Quebec Superior Court sitting in Bankruptcy is, in a very real sense, sitting as a national court.

78 Finally, in point of fact, even if the principles of private international law did apply without modification for the bankruptcy context, it is difficult to discern any connection at all between the dispute and Vancouver except that Eagle signed some agreements with a choice of law clause directed to the laws of that jurisdiction. The links between the appellant and Vancouver are not particularly strong. It has, amongst other offices, a Vancouver address, but the bulk of the activities at issue here occurred outside British Columbia. Its key employee, Mr. Ryan Modesto, resides in the United States. The management services agreement of June 12, 1996 recites that Azco’s corporate office is in Arizona. Azco’s press release of September 17, 1996, announcing this project to the world, was issued in Arizona. Moreover there is no juridical advantage to the appellant in proceeding under the same bankruptcy regime in Vancouver as in Hull. In either case, the law of British Columbia may be applied. Vancouver may be marginally more convenient for the appellant and some of its witnesses, but that is all that can be said for it. The trustee, for its part, complains that if the appeal succeeds, it would, on the same reasoning, be required to bring other actions (unrelated to Azco) in Chicoutimi, Toronto, Halifax, Winnipeg, Charlottetown and Calgary. The trial judge has much factual

débiteur » figurant au par. 2(1) établit un lien suffisamment important pour rattacher une instance de faillite à un district ou à une division en particulier. Le syndic de cette localité est chargé de « recouvrer » les biens, et c’est le tribunal de faillite de ce ressort qui contrôle les procédures connexes. La Loi vise l’économie de la liquidation des biens du failli, même au prix de frais additionnels pour les créanciers et les débiteurs.

Le « critère de la pondération » que l’appelante préconise en s’appuyant sur les facteurs énoncés dans *Amchem* et sur les principes généraux du droit international privé ne tient pas compte de ces importants principes d’intérêt public. La Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite constitue un véritable tribunal national.

Enfin, sur le plan des faits, même si les principes du droit international privé s’appliquaient sans qu’il soit nécessaire de les adapter au contexte de la faillite, il est difficile de discerner quelque lien que ce soit entre le litige et Vancouver, sauf le fait que Eagle a signé certains contrats comportant une clause selon laquelle les lois applicables étaient celles de ce ressort. Les liens entre l’appelante et Vancouver ne sont pas particulièrement étroits. L’appelante a, parmi ses bureaux, une adresse à Vancouver, mais la plupart des activités en cause en l’espèce ont eu lieu à l’extérieur de la Colombie-Britannique. Son employé clé, M. Ryan Modesto, réside aux États-Unis. Le contrat de services de gestion du 12 juin 1996 précise que le siège social de Azco est situé en Arizona. Le communiqué de presse du 17 septembre 1996 par lequel Azco a annoncé ce projet à l’échelle mondiale émanait de l’Arizona. De plus, l’appelante n’a aucun avantage sur le plan juridique à exercer ses recours en vertu du même régime de faillite à Vancouver plutôt qu’à Hull. Dans un cas comme dans l’autre, les lois de la Colombie-Britannique peuvent être appliquées. Il serait peut-être légèrement plus commode pour l’appelante et pour certains de ses témoins que l’affaire soit entendue à Vancouver, mais c’est tout ce qu’on peut dire en faveur de ce lieu. De son côté, le syndic se plaint du fait que si le pourvoi est accueilli, il sera obligé, suivant le même raisonnement, d’intenter d’autres actions (sans lien avec Azco) à Chicoutimi,

support for his decision to retain the case in Hull.

I do not wish to be taken, however, as squeezing the life out of s. 187(7). While the facts in this case do not show “sufficient cause” to make the transfer to British Columbia, other cases may arise of course where the transfer is justifiable. Even in *Stewart, supra*, which established the “single control” paradigm, Anglin J. went out of his way to say that the case probably should have been heard in P.E.I. The claimants’ problem in that case is that they failed to seek leave from the court in British Columbia before launching their case in P.E.I. Just before the “single control” passage previously cited, Anglin J. says (at p. 349):

I decline to assume that upon its being shewn to the Supreme Court of British Columbia that the questions as to the existence of the trust alleged by the plaintiffs and the earmarking of certain property held by the liquidator as trust assets can be best inquired into in Prince Edward Island — as from what is now before us would seem to be the case — an order of transfer will not be made, preceded or accompanied by the necessary leave under section 22.

And Brodeur J. said this (at p. 352):

In this case it looks to me as if the ends of justice would be better served by having the question raised in this proceeding disposed of by the courts of Prince Edward Island. However, it was the duty of the respondents to have the leave of the court of British Columbia which they did not secure.

The point is that it was up to Azco to demonstrate “sufficient cause” on the facts of *this* case, and it failed to do so.

V. Conclusion

I would dismiss the appeal with costs.

Toronto, Halifax, Winnipeg, Charlottetown et Calgary. De nombreux faits étayent la décision du juge de première instance de poursuivre l’instance à Hull.

Je ne veux toutefois pas que mes motifs soient interprétés comme rendant impossible toute application du par. 187(7). Les faits de l’espèce ne font pas ressortir un « motif suffisant » pour renvoyer l’instance en Colombie-Britannique, mais il peut évidemment surgir d’autres affaires dans lesquelles le renvoi sera justifiable. Même dans l’arrêt *Stewart*, précité, qui a établi le paradigme du « contrôle unique », le juge Anglin a pris la peine de dire que l’affaire aurait probablement dû être entendue à l’Île-du-Prince-Édouard. Le problème des parties demanderesse dans cette affaire tenait au fait qu’elles n’avaient pas demandé l’autorisation du tribunal de la Colombie-Britannique avant d’introduire l’instance à l’Île-du-Prince-Édouard. Juste avant le passage sur le « contrôle unique » déjà cité, le juge Anglin a affirmé ceci (à la p. 349) :

[TRADUCTION] Je refuse de tenir pour acquis que la Cour suprême de la Colombie-Britannique ne rendra pas d’ordonnance de renvoi, précédée ou accompagnée de l’autorisation requise par l’art. 22, s’il lui est démontré — comme cela semblerait être le cas d’après les éléments qui nous ont été soumis — qu’il est possible d’instruire plus efficacement à l’Île-du-Prince-Édouard les questions portant sur l’existence de la fiducie alléguée par la partie demanderesse et sur l’affectation de certains biens détenus par le liquidateur à titre de biens de la fiducie.

Pour sa part, le juge Brodeur a dit ce qui suit (à la p. 352) :

[TRADUCTION] Il me semble que l’intérêt de la justice serait mieux servi en l’espèce si les tribunaux de l’Île-du-Prince-Édouard statuaient sur la question soulevée en l’instance. Toutefois, il incombait aux parties intimées d’obtenir l’autorisation de la cour de la Colombie-Britannique, et elles ne l’ont pas obtenue.

Le fait est que Azco devait démontrer l’existence d’un « motif suffisant » à la lumière des faits de la présente affaire et elle n’y est pas parvenue.

V. Conclusion

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

79

80

81

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the respondent: Gervais & Gervais, Montréal.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Stikeman Elliott, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Gervais & Gervais, Montréal.

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



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 2001 Vol. 3

and Tables

Cited as [2001] 3 S.C.R. { i-xlviii
1013-1143

6^e cahier, 2001 Vol. 3

et Tables

Renvoi [2001] 3 R.C.S. { i-xlviii
1013-1143

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 adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis 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	xxxvii
Authors Cited	xli
Index	1133

R. v. Larivière.....1013

Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Majority of Court of Appeal setting aside accused's conviction for driving while disqualified — Court of Appeal expressing differences of opinion on legal issues but dissent not resting on question of law alone — Supreme Court without jurisdiction to hear Crown's appeal — Appeal quashed — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 693(1)(a).

Dunmore v. Ontario (Attorney General)1016

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Exclusion of agricultural workers from statutory labour relations regime — Whether exclusion infringes freedom of association — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, s. 80 — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, s. 3(b).

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges	iii
Errata	iv
Requêtes	v
Table des jugements	xv
Table de la jurisprudence	xvii
Lois et règlements cités	xxxix
Doctrine citée	xli
Index	1139

R. c. Larivière.....1013

Droit criminel — Appels devant la Cour suprême du Canada — Pourvoi de plein droit — Annulation par la majorité de la Cour d'appel de la déclaration de culpabilité de l'accusé pour conduite pendant une interdiction — Différences d'opinion en Cour d'appel sur des questions de droit, mais la dissidence ne repose pas sur une simple question de droit — La Cour suprême n'a pas compétence pour entendre le pourvoi du ministère public — Pourvoi annulé — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 693(1)a).

Dunmore c. Ontario (Procureur général)1016

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Exclusion des travailleurs agricoles du régime légal de relations de travail — L'exclusion porte-t-elle atteinte à la liberté d'association? — Dans cette éventualité, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi, L.O. 1995, ch. 1, art. 80 — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, art. 3b).



2001 Volume 3

**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 / Registrataire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registrataire adjoint

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef

CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

**JANICE CHENEY
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN**

**KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL**

**NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON**

Senior Editor / Rédactrice en chef

ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

**RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS**

**LOUISE SAVARD
ROSALIE TO-THANH-HIEN**

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition

PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

**SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH**

**GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL**

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis 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 CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

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

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

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

ERRATA

- [2001] 2 S.C.R., p. 558, para. 47, line 10 of the French version. Read “tous les demandeurs” instead of “tous les défendeurs”.
- [2001] 1 S.C.R., p. 765, para. 6, line 2 of the French version. Read “au deuxième degré” instead of “au duxième degré”.
- [2001] 1 S.C.R., p. 770, para. 19, line 1 of the French version. Read “ministère” instead of “ministre”.
- [2000] 2 S.C.R., p. 492, line 2 of the English and French versions. Read “L’Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci” instead of “L’Heureux-Dubé, Iacobucci”.
- [1993] 3 S.C.R., p. 293, line *a*-3 of the English version. Read “crime being investigated allows for a balancing” instead of “crime being investigated allow for a balancing”.
- [1992] 2 S.C.R., p. 225, line *d*-2 of the French version. Read “Il sera loisible à l’intimé” instead of “Il sera loisible au requérant”.
- [2001] 2 R.C.S., p. 558, par. 47, ligne 10 de la version française. Lire « tous les demandeurs » au lieu de « tous les défendeurs ».
- [2001] 1 R.C.S., p. 765, par. 6, ligne 2 de la version française. Lire « au deuxième degré » au lieu de « au duxième degré ».
- [2001] 1 R.C.S., p. 770, par. 19, ligne 1 de la version française. Lire « ministère » au lieu de « ministre ».
- [2000] 2 R.C.S., p. 492, ligne 2 des versions française et anglaise. Lire « L’Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci » au lieu de « L’Heureux-Dubé, Iacobucci ».
- [1993] 3 R.C.S., p. 293, ligne *a*-3 de la version anglaise. Lire « crime being investigated allows for a balancing » instead of « crime being investigated allow for a balancing ».
- [1992] 2 R.C.S., p. 225, ligne *d*-2 de la version française. Lire « Il sera loisible à l’intimé » au lieu de « Il sera loisible au requérant ».

MOTIONS — REQUÊTES

(October 1 to December 31, 2001 – 1^{er} octobre au 31 décembre 2001)

- 2774880 Manitoba Ltd. v. Superior Management Ltd.* (Man.), 28631, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Abouabdallah c. Comité de discipline de l'Ordre des dentistes du Québec* (Qué.), 28558, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Adessky Poulin v. Lévesque Beaubien Geoffrion Inc.* (Que.), 28606, leave to appeal dismissed with costs against the respondent, 13.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens contre l'intimée.
- Adun v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28735, leave to appeal dismissed, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Air Inuit (1985) Ltd. v. Attorney General of Canada* (Que.), 28565, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Albertine c. Hôpital Général de Toronto* (Ont.), 27010, leave to appeal dismissed with costs, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Alexander Center Industries Ltd. v. McNamara* (Ont.), 28680, leave to appeal dismissed with costs, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- American International Assurance Life Co. v. Martin* (B.C.), 28540, leave to appeal granted, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Association des professeurs de Lignery c. Commission scolaire des Grandes Seigneuries* (Qué.), 28562, leave to appeal dismissed with costs, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ballantyne v. McCormick Delisle & Thompson Inc.* (Ont.), 28691, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Banque Nationale De Paris (Canada) v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 28508, leave to appeal dismissed with costs, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association* (FC), 28743, leave to appeal granted, 13.12.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Blais v. The Queen* (Man.) (Crim.), 28645, leave to appeal granted, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Boothroyd Indian Band v. Canadian Pacific Ltd.* (FC), 27482, notice of discontinuance filed, 21.11.01, avis de désistement produit.
- Brimacombe v. Mathews* (B.C.), 28666, leave to appeal dismissed with costs, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Brochu c. Camden-Bourgault* (Qué.), 28621, leave to appeal dismissed with costs, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Brousseau v. Barreau du Québec* (Que.), 28479, leave to appeal dismissed with costs, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Byrapaneni v. Raymond* (N.B.), 28520, leave to appeal dismissed, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

- Caisse Populaire Desjardins de Val-Brillant c. Métivier & Associés Inc.* (Qué.), 28483, leave to appeal granted, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Cameron v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 27584, leave to appeal dismissed with costs, 15.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Carbone v. Relco Inc.* (Ont.), 28662, leave to appeal dismissed with costs, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Carpenter v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28720, leave to appeal dismissed, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Chamberlain v. Board of Trustees of School District #36* (B.C.), 28654, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Chippewas of Sarnia Band v. Attorney General of Canada* (Ont.), 28365, leave to appeal dismissed with costs on a party and party basis, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens comme entre parties.
- Cité de Côte Saint-Luc c. Procureur général du Québec* (Qué.), 28895, leave to appeal dismissed with costs, 7.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Co.Dé.Ma. Consultant en Développement Maraîcher Inc. c. Banque Nationale du Canada* (Qué.), 28570, leave to appeal dismissed with costs, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Communauté urbaine de Montréal c. Immeubles Yale Ltée* (Qué.), 28531, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Compagnie d'assurance continental du Canada c. Technilab Inc.* (Qué.), 28522, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Compagnie d'Assurance-Vie Union Commerciale du Canada c. Blais* (Qué.), 28449, leave to appeal dismissed, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Cook's Ferry Indian Band v. Canadian Pacific Ltd.* (FC), 27489, notice of discontinuance filed, 21.11.01, avis de désistement produit.
- Cornell Engineering Co. v. 978011 Ontario Ltd.* (Ont.), 28665, leave to appeal dismissed with costs, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Couture c. Ministre du Revenu national* (CF), 28548, leave to appeal dismissed with costs, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Creatchman c. Consolidated Life Insurance Co.* (Qué.), 28537, leave to appeal dismissed with costs, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Dechant v. Law Society of Alberta* (Alta.), 28293, leave to appeal dismissed, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Dubord Construction Inc. c. Société de fiducie de la Banque Hong-Kong* (Qué.), 28641, leave to appeal dismissed with costs, 20.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- E.D.G. v. Hammer* (B.C.), 28613, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Éditions Chouette (1987) Inc. c. Desputeaux* (Qué.), 28660, leave to appeal granted, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Estate of David Walsh v. 3218520 Canada Inc.* (Ont.), 28307, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- Estate of John McLennan v. TDL Group Ltd.* (Ont.), 28637, leave to appeal dismissed with costs on a party and party basis, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens comme entre parties.
- Estate of Mary Theresa McCunn v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 28516, leave to appeal granted, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Ferenczi v. Canada Trustco Mortgage Co.* (Ont.), 28465, leave to appeal dismissed, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Ferenczi v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (Ont.), 28489, leave to appeal dismissed with costs, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- First National Properties Ltd. v. McMinn* (B.C.), 28705, leave to appeal dismissed with costs, 13.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Forrest v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28663, leave to appeal dismissed, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Fournier c. Procureur général du Québec* (Qué.) (Crim.), 28713, leave to appeal dismissed, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Frève v. Attorney General of Canada* (FC), 28644, leave to appeal dismissed with costs, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Friends of the Old Man River Society v. Association of Professional Engineers, Geologists and Geophysicists of Alberta* (Alta.), 28709, leave to appeal dismissed with costs, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Glaremin v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28689, leave to appeal dismissed, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Government of the Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada* (FC), 28737, leave to appeal granted, 13.12.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Gramaglia v. Alberta Family and Social Services* (Alta.), 28652, leave to appeal dismissed, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Hardy v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 28672, leave to appeal dismissed, 25.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Henderson v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28648, leave to appeal dismissed, 13.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Insurance Corporation of British Columbia v. Unifund Assurance Co. of Canada* (Ont.), 28745, leave to appeal granted, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- J. S. McMillan Fisheries Ltd. v. The owners and all others interested in the ship "Qualicum Producer"* (B.C.), 28625, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- J.U. v. Regional Director of Child Welfare* (Alta.), 28725, leave to appeal dismissed, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Jain v. Jain* (Ont.), 28816, leave to appeal dismissed with costs, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Jennifer v. Apsassin* (FC), 28614, leave to appeal dismissed, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Jessani v. Minister of Citizenship and Immigration* (FC), 28675, leave to appeal dismissed with costs, 25.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Jurchison v. The Queen* (FC), 28668, leave to appeal dismissed, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.

- Justice v. Government of Manitoba* (Man.), 28655, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- K.L.B. v. The Queen* (B.C.), 28612, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Kaleba c. Provigo Distribution Inc. (MAXI)* (Qué.), 28698, leave to appeal dismissed, 20.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Kuntz v. McGraw* (B.C.), 28588, leave to appeal dismissed with costs, 20.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Laboratoires Bio-Recherches Ltée v. Technilab Inc.* (Que.), 28507, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Landry c. Groupe Mallette Maheu* (Qué.), 28573, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Liberty Mutual Fire Insurance Co. v. Jager* (Alta.), 28818, notice of discontinuance filed, 30.11.01, avis de désistement produit.
- Lilydale Co-Operative Ltd. v. FFM Holdings Ltd.* (Alta.), 28633, leave to appeal dismissed with costs, 11.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Mahjoub v. Minister of Citizenship and Immigration* (FC), 28528, leave to appeal dismissed, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Marks v. Oniel* (Ont.), 28464, leave to appeal dismissed with costs, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Matsqui Indian Band v. Canadian Pacific Ltd.* (FC), 27483, notice of discontinuance filed, 21.11.01, avis de désistement produit.
- McQuat v. Law Society of British Columbia* (B.C.), 28519, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Melanson v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28696, leave to appeal dismissed, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Metro Richelieu 2000 Inc. c. Standard Life Assurance Co.* (Qué.), 28605, leave to appeal dismissed, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Michelin Tires (Canada) Ltd. v. The Queen* (FC), 28711, leave to appeal dismissed with costs, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Miglin v. Miglin* (Ont.), 28670, leave to appeal granted, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Mohamed v. City of Vancouver* (B.C.), 28656, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Montambault c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont* (Qué.), 28541, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Morin v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 28749, leave to appeal dismissed, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Mousa v. City of Coquitlam* (B.C.), 28746, leave to appeal dismissed with costs, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Mousa v. Simon Fraser Health Region* (B.C.), 28817, leave to appeal dismissed with costs, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- N.H.S. v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28598, leave to appeal dismissed, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Northwood Inc. v. Forest Practices Board* (B.C.), 28550, leave to appeal dismissed with costs, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Nunavut Tunngavik Inc. v. Attorney General of Canada* (FC), 28295, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Oliver v. Ellison* (B.C.), 28752, leave to appeal dismissed with costs, 20.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Parent c. Sous-Ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 28486, leave to appeal dismissed, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Patel v. Regional Municipality of Peel* (Ont.), 28695, leave to appeal dismissed with costs, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Pavage Rolland Fortier Inc. c. Caisse Populaire Desjardins de la Plaine* (Qué.), 28582, leave to appeal dismissed with costs, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Pelletier c. Dionne* (Qué.), 28515, leave to appeal dismissed, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Pilot Insurance Company v. Taggart* (Ont.), 28552, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Pirès c. Monty* (Qué.), 28139, leave to appeal dismissed with costs, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Poelman c. Ville de Bois-des-Filion* (Qué.), 28610, leave to appeal dismissed with costs, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Pratt v. Board of Governors of the University of Lethbridge* (Alta.), 28732, leave to appeal dismissed with costs, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Provenzano v. Borraccia* (Ont.), 28636, leave to appeal dismissed, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- R. v. M.B.* (B.C.), 28616, leave to appeal granted, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- R. v. Markevich* (FC), 28717, leave to appeal granted, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- R. v. Powley* (Ont.) (Crim.), 28533, leave to appeal granted, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel accordée.
- R.O.P. c. C.A.G.* (Qué.), 28758, leave to appeal dismissed with costs, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- R.R. c. A.B.* (Qué.), 28693, leave to appeal dismissed with costs, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- R.T. c. P.L.* (Qué.), 28795, leave to appeal dismissed with costs, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Restaurant Marsillo-Deli Inc. c. 2638-7639 Québec Inc.* (Qué.), 28858, notice of discontinuance filed, 30.11.01, avis de désistement produit.
- Richardson v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28674, leave to appeal dismissed, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- RJR-MacDonald Inc. v. The Queen* (FC), 28440, leave to appeal dismissed with costs, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Romans v. Minister of Citizenship and Immigration* (FC), 28806, leave to appeal dismissed with costs, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- Roseland Farms Ltd. v. The Queen* (FC), 28719, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Sandover-Sly v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28132, this case is remanded to the Court of Appeal of British Columbia in order that it may reconsider, in light of s. 86 of the *Fisheries Act*, its decision that it did not have jurisdiction, 4.10.01, la présente affaire est renvoyée à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour qu'elle réexamine, à la lumière de l'art. 86 de la *Loi sur les pêches*, sa décision selon laquelle elle n'avait pas compétence.
- Scheuneman v. Attorney General of Canada* (FC), 28344, leave to appeal dismissed, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Schweneke v. The Queen in Right of Ontario* (Ont.), 27848, leave to appeal dismissed with costs, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Seabird Island Indian Band v. Canadian Pacific Ltd.* (FC), 27487, notice of discontinuance filed, 21.11.01, avis de désistement produit.
- Sheppard v. Royal Institution for the Advancement of Learning* (Que.), 28596, leave to appeal dismissed, 25.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Skuppah Indian Band v. Canadian Pacific Ltd.* (FC), 27488, notice of discontinuance filed, 21.11.01, avis de désistement produit.
- Smith c. Air Canada* (Qué.), 28589, leave to appeal dismissed with costs, 1.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Sourani v. The Queen* (FC), 28760, leave to appeal dismissed with costs, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- St-Hilaire c. Procureur général du Canada* (CF), 28643, leave to appeal dismissed with costs, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Steen v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28766, leave to appeal dismissed, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Stegor Consultants (1988) Ltd. v. Sproat* (Ont.), 28578, leave to appeal dismissed with costs, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Stevens v. Dechant* (Alta.), 28514, notice of discontinuance filed, 14.11.01, avis de désistement produit.
- Sun Media (Toronto) Corp. v. United States of America* (Ont.) (Crim.), 28688, leave to appeal dismissed, 15.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Susin v. Bono General Construction Ltd.* (Ont.), 28482, leave to appeal dismissed, 13.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Syndicat de la fonction publique du Québec Inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail* (Qué.), 28653, leave to appeal dismissed with costs, 20.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Syndicat des chauffeurs de la Société de transport de la Ville de Laval c. Ferland* (Qué.), 28475, leave to appeal dismissed with costs, 29.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Tousignant c. Banque de Nouvelle-Écosse* (Qué.), 28521, leave to appeal dismissed with costs, 20.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Town of Hampstead v. Attorney General of Québec* (Que.), 28893, leave to appeal dismissed with costs, 7.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Tri-M Systems Inc. v. The Queen* (B.C.), 28646, leave to appeal dismissed, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Trociuk v. Attorney General of British Columbia* (B.C.), 28726, leave to appeal granted, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel accordée.

- United Parcel Service du Canada Ltée c. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 28503, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Val Bruna Holdings Ltd. v. The Queen* (FC), 28576, leave to appeal dismissed with costs, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Van Unen v. Workers' Compensation Board* (B.C.), 28630, leave to appeal dismissed with costs, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Via Rail Canada Inc. c. Cairns* (CF), 28678, leave to appeal dismissed with costs, 6.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Viel c. Commission de l'assurance-emploi* (CF), 28536, leave to appeal dismissed with costs, 4.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ville de Baie d'Urfé c. Procureur général du Québec* (Qué.), 28870, leave to appeal dismissed with costs, 7.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ville de Beaconsfield c. Procureur général du Québec* (Qué.), 28894, leave to appeal dismissed with costs, 7.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ville de Kirkland c. Immeubles Yale Ltée* (Qué.), 28491, leave to appeal dismissed with costs, 18.10.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ville de Westmount c. Procureur général du Québec* (Qué.), 28869, leave to appeal dismissed with costs, 7.12.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Vrhounik v. Dravidian Management Ltd.* (Ont.), 28723, leave to appeal dismissed with costs, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Wells v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28683, leave to appeal dismissed, 15.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Whiteduck v. Honorable Bernard Dagenais* (Que.), 28765, notice of discontinuance filed, 28.11.01, avis de désistement produit.
- Wright v. Minister of Citizenship and Immigration* (FC), 28577, leave to appeal dismissed with costs, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Wurttembergische Und Badische v. Contact Air Pro Inc.* (Que.), 28602, leave to appeal dismissed with costs, 8.11.01, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
2639-1565 Québec Inc. v. Perras	882	E	
539938 Ontario Ltd., Derksen v.	398		
974649 Ontario Ltd., Ontario v.	575	Edwards v. Law Society of Upper Canada	562
974649 Ontario Ltd., R. v.	575		
A			
ABC Containerline N.V. (Trustees of), Holt Cargo Systems Inc. v.	907	General Trust of Canada, Prévost-Masson v.	882
Advance Cutting & Coring Ltd., R. v.	209	Golden, R. v.	679
Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)	951	H	
Attorney General see also “Canada” or the name of province		Hobart, Cooper c.	537
Autobus Thomas Inc. v. Canada	5	Hollick v. Toronto (City).....	158
Azco Mining Inc., Sam Lévy & Associés Inc. v. ...	978	Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)	907
B			
British Columbia, R. (L.) v.	184	Hynes, R. v.	623
British Columbia, Rumley v.	184	J	
C			
Canada (Attorney General), Privacy Commis- sioner (Can.) v.	905	J.W.R., R. v.	7
Canada (Attorney General), Smith v.	902	Jabarianha, R. v.	430
Canada, Autobus Thomas Inc. v.	5	K	
Canadian Pacific Ltd. v. Montreal Urban Com- munity.....	426	Khan, R. v.	823
Cooper v. Hobart.....	537	L	
Commission see also “Canada” or the name of province		Larivière, R. v.	1013
D			
D.G.R., R. v.	364	Law Society of British Columbia v. Mangat.....	113
Derksen v. 539938 Ontario Ltd.....	398	Law Society of Upper Canada, Edwards v.	562
Dunmore v. Ontario (Attorney General).....	1016	M	
E			
G			
H			
J			
K			
L			
M			
Mangat, Law Society of British Columbia v.	113	Mankwe, R. v.	3
Markel Insurance Co. of Canada, Paul D’Aoust Construction Ltd. v.	744		

	PAGE		PAGE
Masson, Perras v.	882		
Mentuck, R. v.	442		
Minister see also "Canada" or the name of province			
Montreal Urban Community, Canadian Pacific Ltd. v.	426		
N			
Nette, R. v.	488		
O			
O.N.E., R. v.	478		
Office see also "Canada" or the name of province			
Oliver (Town), Osoyoos Indian Band v.	746		
Ontario v. 974649 Ontario Ltd.	575		
Ontario (Attorney General), Dunmore v.	1016		
Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)	746		
P			
Paul D'Aoust Construction Ltd. v. Markel Insurance Co. of Canada	744		
Perras, 2639-1565 Québec Inc. v.	882		
Perras v. Masson	882		
Privacy Act (Can.) (Re)	905		
Privacy Commissioner (Can.) v. Canada (Attorney General)	905		
Prévost-Masson v. General Trust of Canada	882		
Proulx v. Quebec (Attorney General)	9		
Q			
Quebec (Attorney General), Proulx v.	9		
Queen see also "R."			
		R	
		R. (J.W.), R. v.	7
		R. (L.) v. British Columbia	184
		R. v. 974649 Ontario Ltd.	575
		R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.	209
		R. v. D.G.R.	364
		R. v. Golden	679
		R. v. Hynes	623
		R. v. J.W.R.	7
		R. v. Jabarianha	430
		R. v. Khan	823
		R. v. Larivière	1013
		R. v. Mankwe	3
		R. v. Mentuck	442
		R. v. Nette	488
		R. v. O.N.E.	478
		R. v. R. (J.W.)	7
		R. v. Rhee	364
		R. v. Scott	425
		Rhee, R. v.	364
		Rumley v. British Columbia	184
		S	
		Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.	978
		Scott, R. v.	425
		Smith v. Canada (Attorney General)	902
		T	
		The Queen see also "R."	
		Toronto (City), Hollick v.	158
		U	
		Union see also under abbreviated name	

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
2639-1565 Québec Inc. c. Perras	882	D	
539938 Ontario Ltd., Derksen c.	398	D.G.R., R. c.	364
974649 Ontario Ltd., Ontario c.	575	Derksen c. 539938 Ontario Ltd.	398
974649 Ontario Ltd., R. c.	575	Dunmore c. Ontario (Procureur général)	1016
A			
ABC Containerline N.V. (Syndics de), Holt Cargo Systems Inc. c.	907	E	
Advance Cutting & Coring Ltd., R. c.	209	Edwards c. Barreau du Haut-Canada	562
Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)	951	G	
Autobus Thomas Inc. c. Canada	5	Golden, R. c.	679
Azco Mining Inc., Sam Lévy & Associés Inc. c.	978	H	
B			
Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)	746	Hobart, Cooper c.	537
Barreau du Haut-Canada, Edwards c.	562	Hollick c. Toronto (Ville)	158
British Columbia, R. (L.) c.	184	Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)	907
C			
Canada, Autobus Thomas Inc. c.	5	Hynes, R. c.	623
Canada (Procureur général), Commissaire à la protection de la vie privée (Can.) c.	905	J	
Canada (Procureur général), Smith c.	902	J.W.R., R. c.	7
Canadien Pacifique Ltée c. Communauté urbaine de Montréal	426	Jabarianha, R. c.	430
Colombie-Britannique, R. (L.) c.	184	K	
Colombie-Britannique, Rumley c.	184	Khan, R. c.	823
Cooper c. Hobart	537	L	
Commissaire à la protection de la vie privée (Can.) c. Canada (Procureur général)	905	La Reine voir aussi « R. »	
Commission voir aussi « Canada » ou nom de la province		Larivière, R. c.	1013
Communauté urbaine de Montréal, Canadien Pacifique Ltée c.	426	Law Society of British Columbia c. Mangat	113

	PAGE		PAGE
Loi sur la protection des renseignements personnels (Can.) (Re).....	905		
M			
Mangat, Law Society of British Columbia c.	113		
Mankwe, R. c.	3		
Markel Compagnie d'assurance du Canada, Paul D'Aoust Construction Ltd. c.	744		
Masson, Perras c.	882		
Mentuck, R. c.	442		
Ministre voir aussi « Canada » ou nom de la province			
N			
Nette, R. c.	488		
O			
O.N.E., R. c.	478		
Office voir aussi « Canada » ou nom de la province			
Oliver (Ville), Bande indienne d'Osoyoos c.	746		
Ontario c. 974649 Ontario Ltd.	575		
Ontario (Procureur général), Dunmore c.	1016		
P			
Paul D'Aoust Construction Ltd. c. Markel Compagnie d'assurance du Canada	744		
Perras, 2639-1565 Québec Inc. c.	882		
Perras c. Masson	882		
Prévost-Masson c. Trust Général du Canada	882		
Procureur général voir aussi « Canada » ou nom de la province			
Proulx c. Québec (Procureur général).....	9		
		Q	
		Québec (Procureur général), Proulx c.	9
		R	
		Reine voir aussi « R. »	
		R. (J.W.), R. c.	7
		R. (L.) c. Colombie-Britannique	184
		R. c. 974649 Ontario Ltd.	575
		R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.	209
		R. c. D.G.R.	364
		R. c. Golden	679
		R. c. Hynes	623
		R. c. J.W.R.	7
		R. c. Jabarianha	430
		R. c. Khan	823
		R. c. Larivière	1013
		R. c. Mankwe	3
		R. c. Mentuck	442
		R. c. Nette	488
		R. c. O.N.E.	478
		R. c. R. (J.W.)	7
		R. c. Rhee	364
		R. c. Scott	425
		Rhee, R. c.	364
		Rumley c. Colombie-Britannique	184
		S	
		Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.	978
		Scott, R. c.	425
		Smith c. Canada (Procureur général)	902
		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
		T	
		Toronto (Ville), Hollick c.	158
		Trust Général du Canada, Prévost-Masson c.	882

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	154
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)	[2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40	154
2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)	[1996] 3 R.C.S. 919	45
A		
Abdool v. Anaheim Management Ltd.....	(1995), 21 O.R. (2d) 453	176
Abood v. Detroit Board of Education	431 U.S. 209 (1977).....	342
Adair v. M'Garry	[1933] S.L.T. 482.....	709
AFPC c. Canada.....	[1987] 1 R.C.S. 424	304, 1037
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radio- diffusion et des télécommunications canadiennes).....	[1989] 2 R.C.S. 225	50
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission).....	[1989] 2 S.C.R. 225	50
Alcock v. Chief Constable of the South Yorkshire Police	[1991] 4 All E.R. 907.....	553
Allen v. Hanson.....	(1890), 18 S.C.R. 667	943
Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec	[1953] 2 S.C.R. 140	45
Alward c. La Reine	[1978] 1 R.C.S. 559	844
Alward v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 559	844
Amadzadegan-Shamirzadi v. Polak	[1991] R.J.Q. 1839.....	88
Ambrose c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 717	844
Ambrose v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 717	844
Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compens- ation Board)	[1993] 1 R.C.S. 897	919, 970, 1004
Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board).....	[1993] 1 S.C.R. 897	919, 970, 1004
American Federation of Labor v. American Sash & Door Co.	335 U.S. 538 (1949).....	341
Amos v. Insurance Corp. of British Columbia	[1995] 3 S.C.R. 405	418
Anantapadmanabhaswami v. Official Receiver of Secunderabad	[1933] A.C. 394	936
Anderson v. Wilson.....	(1999), 44 O.R. (3d) 673	201
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	140, 1113
Anns v. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	541, 567
Antares Shipping Corp. c. Le navire « Capricorn »	[1977] 2 R.C.S. 422	948
Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"	[1977] 2 S.C.R. 422	948

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re).....	[2001] 3 S.C.R. 951, 2001 SCC 91	911
Arctic Gardens inc. (Syndic de)	[1990] R.J.Q. 6.....	998
Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard.....	[2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1	308
Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island	[2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1	307
Ash v. Lloyd's Corp.	(1991), 6 O.R. (3d) 235	1006
Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada	[1994] 3 R.C.S. 627	1045, 1082
Associated Freezers of Canada Inc. (Trustee of) v. Retail, Wholesale Canada, Local 1015.....	(1996), 39 C.B.R. (3d) 311	993
Athey v. Leonati.....	[1996] 3 S.C.R. 458	530
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	139
Attorney General of Canada v. Western Highbie	[1945] S.C.R. 385	784
Attorney General of Quebec v. Labrecque	[1980] 2 S.C.R. 1057	44
Attorney-General for Alberta v. Atlas Lumber Co.	[1941] S.C.R. 87	991
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion ..	[1896] A.C. 348	144
Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.	[1963] S.C.R. 570	144
Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada.....	[1921] 1 A.C. 401	812
Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada.....	[1894] A.C. 189	144
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	233
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	233
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	233
Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien).....	[1995] 4 R.C.S. 344.....	764, 809
Bande indienne de Musqueam c. Glass	[2000] 2 R.C.S. 633, 2000 CSC 52	804
Bande indienne de Semiahmoo c. Canada	[1998] 1 C.F. 3	764
Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)	[1997] 2 R.C.S. 657	764, 804
Bande indienne des Opetchesahc c. Canada	[1997] 2 R.C.S. 119	773, 802
Bank of Montreal v. Hall	[1990] 1 S.C.R. 121	152
Bank of Montreal v. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.	[1975] 2 S.C.R. 546	969
Banque de Montréal c. Hall.....	[1990] 1 R.C.S. 121	152
Banque de Montréal c. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.	[1975] 2 R.C.S. 546	969
Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail).....	[1988] 1 R.C.S. 1061	926
BC Tel c. Bande indienne de Seabird Island	[2000] 4 C.F. 350.....	770, 815
BC Tel v. Seabird Island Indian Band	[2000] 4 F.C. 350	770, 815
Belfast Corp. v. O.D. Cars Ltd.....	[1960] A.C. 490	783
Bell (Re).....	[1988] B.C.J. No. 1897 (QL).....	837
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télé- communications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722	609
Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 R.C.S. 749	131
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Tele- communications Commission).....	[1989] 1 S.C.R. 1722	609

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Berthiaume c. Richer	[1975] C.A. 638	898
Bessell v. Wilson	(1853), 17 J.P. 52	708
Bilodeau c. Bergeron	[1975] 2 S.C.R. 345	898
Black v. Law Society of Alberta	[1989] 1 S.C.R. 591	139, 313
Blouin v. Canada	(1991), 51 F.T.R. 194	716
Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)	[1995] 4 S.C.R. 344	764, 809
Boily v. McNulty	[1928] S.C.R. 182	992
Boucher c. La Reine	[1955] R.C.S. 16	29, 64
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16	29, 64
Boudreault v. Barrett	(1998), 219 A.R. 67	103
Bourque c. Hétu	[1992] R.J.Q. 960	894
Bourque Consumer Electronics Inc. (Syndic de)	J.E. 91-1040	1004
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 1210	554
British Columbia (Attorney General) v. Mount Currie Indian Band....	(1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156	784
British Columbia Development Corp. v. Friedmann	[1984] 2 S.C.R. 447	586
British Columbia Electric Railway Co. v. Loach	[1916] A.C. 719	525
Brodie v. The King	[1936] S.C.R. 188	835
Brooks-Bidlake and Whittall, Ltd. v. Attorney-General for British- Columbia	[1923] A.C. 450	137
Brotherhood of Railway and Steamship Clerks v. Allen	373 U.S. 113 (1963)	342
Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)	[1994] 1 R.C.S. 420	60
Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and High- ways)	[1994] 1 S.C.R. 420	60
Burrard Power Co. v. The King	(1910), 43 S.C.R. 27	780
Bywater v. Toronto Transit Commission	(1998), 27 C.P.C. (4th) 172	166
C		
C.C.R. Fishing Ltd. v. British Reserve Insurance Co.	[1990] 1 S.C.R. 814	413
Caccamo c. La Reine	[1976] 1 R.C.S. 786	642
Caccamo v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 786	642
Caisse populaire de Charlesbourg c. Lessard	[1986] R.J.Q. 2615	893
Caisse populaire St-Étienne-de-la-Malbaie c. Tremblay	[1990] R.D.I. 483	894
Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1973] R.C.S. 313	770
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313	770
Calvert v. Law Society of Upper Canada	(1981), 32 O.R. (2d) 176	568
Calvert-Dale Estates Ltd.	[1971] O.L.R.B. Rep. Feb. 58	1070
Canada (Attorney General) v. Canadian Pacific Ltd.	(2000), 79 B.C.L.R. (3d) 62, 2000 BCSC 933	784
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor	[1990] 3 R.C.S. 892	351
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor	[1990] 3 S.C.R. 892	351
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass	[1997] 3 S.C.R. 391	615, 862
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass	[1997] 3 R.C.S. 391	615, 862
Canada Southern Railway Co. v. Gebhard	109 U.S. 527 (1883)	941
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)..	[1996] 3 S.C.R. 480	451, 484
Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission	[1979] 2 S.C.R. 618	44

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson.....	[1998] 3 S.C.R. 157 ...139, 232, 262, 314, 1038	
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1987] 1 S.C.R. 1114.....	586
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.....	[1992] 1 S.C.R. 1021	553
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band	(1998), 162 D.L.R. (4th) 649	770, 815
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band	[1995] 1 S.C.R. 3	607, 796
Canadian Pacific Ltd. v. Paul	[1988] 2 S.C.R. 654	777
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui	[1995] 1 R.C.S. 3	608, 796
Canadien Pacifique Ltée c. Paul	[1988] 2 R.C.S. 654	777
Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.	(1997), 34 O.R. (3d) 314	171
Cargill Grain Co. c. Foundation Co. of Canada Ltd.....	[1970] C.S. 145.....	898
Carnegie v. Rasmussen Starr Ruddy.....	(1994), 19 O.R. (3d) 272	568
Cathro v. The Queen	[1956] S.C.R. 101	860
Chace v. Crane Canada Inc.....	(1996), 26 B.C.L.R. (3d) 339	201
Charemski v. Ontario	[2000] O.J. No. 5231 (QL)	104
Charterhouse Properties Ltd. v. Laurentian Pacific Insurance Co.....	[1993] I.L.R. ¶1-2937	415
Chassagnou and Others v. France.....	[GD], Nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, ECHR 1999-III	267, 344
Chassagnou et autres c. France.....	[GC] n ^{os} 25088/94, 28331/95 et 28443/95, CEDH 1999-III	267, 344
Chibok v. The Queen	(1956), 24 C.R. 354	842
Chicago Teachers Union, Local No. 1 v. Hudson.....	475 U.S. 292 (1986).....	343
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 R.C.S. 1021	553
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Bande indienne de Matsqui.....	[1998] A.C.F. n ^o 983 (QL).....	770, 815
Clark's Chick Hatchery Ltd. v. Commonwealth Insurance Co.	(1982), 40 N.B.R. (2d) 87.....	415
Cloutier v. Langlois.....	[1990] 1 S.C.R. 158	687, 697
Coastal Steel Corp. v. Tilghman Wheelabrator Ltd.....	709 F.2d 190 (1983).....	1007
Colpitts v. The Queen	[1965] S.C.R. 739	842
Comeau v. La Reine.....	[1992] R.J.Q. 339.....	88
Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans).....	[1997] 1 R.C.S. 12	547
Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans).....	[1997] 1 S.C.R. 12	547
Comité pour la République du Canada c. Canada.....	[1991] 1 R.C.S. 139	1104
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada.....	[1991] 1 S.C.R. 139	1104
Communications Workers of America v. Beck.....	487 U.S. 735 (1988).....	343
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114	586
Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)	[1996] 3 R.C.S. 854	611
Cooper v. Canada (Human Rights Commission)	[1996] 3 S.C.R. 854	611
Cooper v. Hobart.....	[2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79	564
Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1999] 2 R.C.S. 203	346, 1111
Corbière v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1999] 2 S.C.R. 203	346, 1111
Cour eur. D.H., arrêt Gustafsson c. Suède du 25 avril 1996	Recueil des arrêts et décisions 1996-II.....	344

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Cour eur. D.H., arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981.....	série A n° 43.....	344
Cour eur. D.H., arrêt Sigurjónsson c. Islande du 30 juin 1993.....	série A n° 264.....	267, 344
Cour eur. D.H., arrêt Young, James et Webster du 13 août 1981.....	série A n° 44.....	344
Crown Grain Co. v. Day	[1908] A.C. 504	153
Cry-O-Beef Ltd./Cri-O-Bœuf Ltée (Trustees of) v. Caisse Populaire de Black-Lake	(1987), 66 C.B.R. (N.S.) 19.....	997
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)...	[1991] 2 R.C.S. 5	610, 1086
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	[1991] 2 S.C.R. 5	610, 1086
Cuddy Chicks Ltd.	[1988] O.L.R.B. Rep. May 468.....	1070, 1086
Cuddy Chicks Ltd.	[1992] O.L.R.D. No. 1170 (QL).....	1087
Cunningham v. Homma	[1903] A.C. 151	137
D		
Dagenais c. Société Radio-Canada.....	[1994] 3 R.C.S. 835	451, 483
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	451, 483
Davis v. Radcliffe.....	[1990] 2 All E.R. 536.....	553
Deeks v. Wells.....	[1931] O.R. 818	499
Delgamuukw c. Colombie-Britannique.....	[1997] 3 R.C.S. 1010	308, 767, 810
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010	308, 767, 810
Deline v. Kidd	[2001] B.C.J. No. 645 (QL), 2001 BCSC 491	103
Delisle c. Canada (Sous-procureur général).....	[1999] 2 R.C.S. 989	261, 301, 1033, 1083, 1127
Delisle v. Canada (Deputy Attorney General).....	[1999] 2 S.C.R. 989	260, 301, 1033, 1083, 1127
Descôteaux v. Mierzwinski.....	[1982] 1 S.C.R. 860	141
Dominion Bridge Co. v. Toronto General Insurance Co.	[1963] S.C.R. 362	415
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562	547
Dorman Timber Ltd. v. British Columbia.....	(1997), 40 B.C.L.R. (3d) 230	544
Dostie c. Sabourin.....	[2000] R.J.Q. 1026.....	899
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570	595
Doyle c. La Reine	[1977] 1 R.C.S. 597	589, 836
Doyle v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 597	589, 836
Dufresne v. La Reine	[1988] R.J.Q. 38.....	844
Dulieu v. White	[1901] 2 K.B. 669	530
E		
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326	233, 473
Edwards c. Barreau du Haut-Canada.....	[2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80	555
Edwards v. Law Society of Upper Canada	[2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80	555
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513	346, 1103
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1997] 3 R.C.S. 624	352, 472
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	352, 472
Elliott c. La Reine	[1978] 2 R.C.S. 393	836
Elliott v. The Queen	[1978] 2 S.C.R. 393	835

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline & Steamship Clerks	466 U.S. 435 (1984).....	343
Ellis v. Silber.....	(1872), L.R. 8 Ch. App. 83	996
Emkeit c. La Reine.....	[1974] R.C.S. 133	851
Emkeit v. The Queen	[1974] S.C.R. 133	851
Endean v. Canadian Red Cross Society.....	(1997), 148 D.L.R. (4th) 158.....	201
Endean v. Canadian Red Cross Society.....	(1998), 48 B.C.L.R. (3d) 90	543
États-Unis d'Amérique c. Shephard.....	[1977] 2 R.C.S. 1067	101, 644, 655
Eur. Court H.R., Gustafsson v. Sweden judgment of 25 April 1996.....	Report of Judgments and Decisions 1996-II	344
Eur. Court H.R., Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981	Series A No. 43	344
Eur. Court H.R., Sigurjónsson v. Iceland judgment of 30 June 1993....	Series A No. 264.....	267, 344
Excavations Sanoduc inc. c. Morency	[1991] R.D.J. 423.....	998
F		
Falvo Enterprises Ltd. v. Price Waterhouse Ltd.	(1981), 34 O.R. (2d) 336	996
Fanjoy c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 233	838, 855
Fanjoy v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 233	838, 855
Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 1061	926
Ferrell v. Ontario (Attorney General)	(1997), 149 D.L.R. (4th) 335.....	1034
Fiset v. Toronto (City) Police Services Board	[1999] O.J. No. 3731 (QL)	104
Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Prudential Assurance Co.....	[1959] S.C.R. 539	414
Ford Motor Co. of Canada v. U.A.W.-I.C.O.....	(1946), 46 C.L.L.C. ¶18,001.....	228
Fortin v. Chrétien	[2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45	142
French v. Law Society of Upper Canada	(1975), 61 D.L.R. (3d) 28.....	567
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Trans- ports)	[1992] 1 R.C.S. 3	950
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)	[1992] 1 S.C.R. 3	950
G		
Galbraith v. Grimshaw	[1910] A.C. 508	935
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing.....	[1989] 1 S.C.R. 641	128
Genest v. La Reine.....	[1990] R.J.Q. 2387.....	74
Geoffrion v. Barnett	[1970] C.A. 273	998
Giles v. Ackerman.....	746 F.2d 614 (1984).....	714
Goedeke-Molitor c. Crown Trust Co.	J.E. 85-232	898
Goodman v. Royal Insurance Co. of Canada.....	[1997] 8 W.W.R. 69	415
Gottschalk v. Hutton	(1921), 36 C.C.C. 298.....	716
Guerin c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 335	767, 809
Guerin v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 335	767, 809
Gunn c. La Reine	[1974] R.C.S. 273	843
Gunn v. The Queen	[1974] S.C.R. 273	843
Gustafson v. Florida.....	414 U.S. 260 (1973).....	714

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
H		
Haig v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 995.....	1045, 1081, 1128
Harelkin c. Université de Regina.....	[1979] 2 R.C.S. 561.....	950, 1004
Harelkin v. University of Regina.....	[1979] 2 S.C.R. 561.....	950, 1004
Hays and Co. v. Merrill Lynch.....	885 F.2d 1149 (1989).....	1007
Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.....	[1963] 2 All E.R. 575.....	553
Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young.....	[1997] 2 S.C.R. 165.....	552, 569
Hervé Rancourt Construction inc. c. Sévigny.....	[1989] R.R.A. 751.....	898
Hicks v. Faulkner.....	(1878), 8 Q.B.D. 167.....	76
Hill c. Église de scientologie de Toronto.....	[1995] 2 R.C.S. 1130.....	141, 726
Hill v. Church of Scientology of Toronto.....	[1995] 2 S.C.R. 1130.....	141, 726
Hilton v. Guyot.....	159 U.S. 113 (1895).....	939
Hodge v. The Queen.....	(1883), 9 App. Cas. 117.....	142
Hollick c. Toronto (Ville).....	[2001] 3 R.C.S. 158, 2001 CSC 68.....	186
Hollick v. Toronto (City).....	[2001] 3 S.C.R. 158, 2001 SCC 68.....	186
Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de).....	[2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90...954, 1000	
Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of).....	[2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90...954, 1000	
Hunt v. Carey Canada Inc.	[1990] 2 S.C.R. 959.....	568
Hunt v. T&N PLC.....	[1993] 4 S.C.R. 289.....	940
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145.....82, 586, 687, 697, 1090	
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national.....	[1995] 3 R.C.S. 453.....	933
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1995] 3 S.C.R. 453.....	933
I		
Illinois v. Lafayette.....	462 U.S. 640 (1983).....	714
Imbler v. Pachtman.....	424 U.S. 409 (1976).....	67
Imrich c. La Reine.....	[1978] 1 R.C.S. 622.....	864
Imrich v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 622.....	864
In re Atlas Lumber Co. v. Grier and Sons Ltd.....	(1922), 3 C.B.R. 226.....	998
In re Diaz Contracting, Inc.	817 F.2d 1047 (1987).....	1007
In re Ireland.....	(1962), 5 C.B.R. (N.S.) 91.....	996
In re Maple Leaf Fruit Co.....	(1949), 30 C.B.R. 23.....	998
In re Martin.....	(1953), 33 C.B.R. 163.....	997
In re Morris Lofsky.....	(1947), 28 C.B.R. 164.....	995
In re Mount Royal Lumber & Flooring Co.	(1926), 8 C.B.R. 240.....	993
In re Nakane and Okazake.....	(1908), 13 B.C.R. 370.....	137
In re Narain Singh.....	(1908), 13 B.C.R. 477.....	137
In re Reynolds.....	(1928), 10 C.B.R. 127.....	997
In re The Moratorium Act (Sask.).....	[1956] S.C.R. 31.....	965, 996
In re Treco.....	240 F.3d 148 (2001).....	923, 1006
In Re The Immigration Act and Munshi Singh.....	[1914] 6 W.W.R. 1347.....	137
Industrial Acceptance Corp. v. Lalonde.....	[1952] 2 S.C.R. 109.....	1007
Industrial Packaging Products Co. v. Fort Pitt Packaging International, Inc.....	161 A.2d 19 (1960).....	1006
Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.	[2000] 1 S.C.R. 298, 2000 SCC 12.....	60

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire).....	[1990] 2 R.C.S. 367	279, 1037
International Association of Machinists v. Street	367 U.S. 740 (1961).....	342
International Longshoremen's and Warehousemen's Union — Canada Area Local 500 v. Canada	[1994] 1 S.C.R. 150	304
Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie.....	[1978] 1 C.F. 601	610
Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board.....	[1978] 1 F.C. 601	610
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 927	347, 472, 1036
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	347, 472, 1036
ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. [1986] 1 S.C.R. 752		938
J		
Just c. Colombie-Britannique	[1989] 2 R.C.S. 1228	60, 553
Just v. British Columbia.....	[1989] 2 S.C.R. 1228	60, 553
K		
Kamloops (City of) v. Nielsen.....	[1984] 2 S.C.R. 2	545, 567
Kamloops (Ville de) c. Nielsen.....	[1984] 2 R.C.S. 2	545, 567
Kansa General International Insurance Co. (Liquidation de).....	[1998] R.J.Q. 1380.....	993
Kipp v. Attorney-General for Ontario.....	[1965] S.C.R. 57	836
Korponay c. Procureur général du Canada	[1982] 1 R.C.S. 41	836
Korponay v. Attorney General of Canada.....	[1982] 1 S.C.R. 41	836
Kourtesis c. M.R.N.....	[1993] 2 R.C.S. 53	621, 646
Kourtesis v. M.N.R.....	[1993] 2 S.C.R. 53	621, 646
L		
La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener	[1985] 1 R.C.S. 533	783
Laane and Baltser v. Estonian State Cargo & Passenger Steamship Line.....	[1949] S.C.R. 530	924
Lafferty v. Lincoln	(1907), 38 S.C.R. 620	139
Lapointe c. Hôpital Le Gardeur.....	[1992] 1 S.C.R. 382.....	898
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)	[1989] 1 R.C.S. 705	41
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)	[1989] 1 S.C.R. 705	41
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario	[1991] 2 R.C.S. 211	227, 261, 272, 358, 1038, 1093
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union	[1991] 2 S.C.R. 211	227, 261, 272, 358, 1038, 1093
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1999] 1 R.C.S. 497	307, 1051, 1111
Law Society of British Columbia v. Lawrie	(1991), 59 B.C.L.R. (2d) 1	128
Law Society of Upper Canada v. Skapinker.....	[1984] 1 S.C.R. 357	586
Law, Union & Rock Insurance Co. v. Moore's Taxi Ltd.	[1960] S.C.R. 80	412
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	307, 1051, 1111
Lee v. Law Society of Upper Canada	[1994] O.J. No. 1468 (QL)	568

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Leenat Itée c. Bierbrier	[1987] R.D.J. 551.....	894
Lehnert v. Ferris Faculty Association	500 U.S. 507 (1991).....	343
Leigh v. Cole	(1853), 6 Cox C.C. 329.....	708
Lessard c. La Reine.....	[1992] R.J.Q. 1205.....	861
Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740.....	[1990] 3 R.C.S. 644	321
Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740.....	[1990] 3 S.C.R. 644	321
Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1145	60
Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1145	60
Lewis c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 821	864
Lewis v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 821	864
Libman c. Québec (Procureur général).....	[1997] 3 R.C.S. 569	314
Libman v. Quebec (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 569	314
Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.....	335 U.S. 525 (1949).....	341
Lindley v. Rutter	[1980] 3 W.L.R. 660	709
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice).....	[2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69	352
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice).....	[2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69	352
Lizotte v. Traders General Insurance Co.	[1986] I.L.R. ¶1-2076	415
Loi sur l'Office national de l'énergie (Can.) (Re)	[1986] 3 C.F. 275	610

M

M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba.....	[1999] 2 R.C.S. 961	153
M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.	[1999] 2 S.C.R. 961	153
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3	347
MacDonald Estate v. Martin.....	[1990] 3 S.C.R. 1235	141
Machtinger v. HOJ Industries Ltd.	[1992] 1 S.C.R. 986.....	1057
Mahe v. Alberta.....	[1990] 1 S.C.R. 342	307
Malartic Hygrade Gold Mines (Quebec) Ltd. c. La Reine.....	[1982] C.S. 1146.....	142
Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec.....	(1982), 142 D.L.R. (3d) 512.....	142
Mancini (Trustee of) v. Falconi	(1987), 65 C.B.R. 246.....	997
Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine.....	[1979] 1 R.C.S. 101	783
Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen.....	[1979] 1 S.C.R. 101	783
Mann v. The Queen.....	[1966] S.C.R. 238	143
Marcoux c. La Reine.....	[1976] 1 R.C.S. 763	26, 96
Marcoux v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 763	26, 96
Maritime Telegraph and Telephone Co. v. Pre Print Inc.	(1996), 131 D.L.R. (4th) 471.....	1006
Marlex Petroleum Inc. c. Har Rai (Le).....	[1987] 1 R.C.S. 57	931
Marlex Petroleum Inc. v. Har Rai (The).....	[1987] 1 S.C.R. 57	931
Martel Building Ltd. v. Canada	[2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60	60
McArthur v. The King	[1943] Ex. C.R. 77	50
McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough.....	[1976] 1 S.C.R. 718.....	1040

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
McKinley v. BC Tel	[2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38	1111
McKinney c. Université de Guelph	[1990] 3 R.C.S. 229	1057
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229	1057
Merry v. Manitoba and Manitoba Medical Association	(1989), 58 Man. R. (2d) 221	263
Meunier v. The Queen	[1966] S.C.R. 399	868
Mezzo c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 802	26, 95
Mezzo v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 802	26, 95
Michaud c. Québec (Procureur général).....	[1996] 3 R.C.S. 3	469
Michaud v. Quebec (Attorney General).....	[1996] 3 S.C.R. 3	469
Milgaard v. Kujawa.....	(1994), 118 D.L.R. (4th) 653.....	103
Mills c. La Reine.....	[1986] 1 R.C.S. 863	233, 582, 632, 654
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863	233, 582, 632, 654
Mitchell c. Bande indienne Peguis	[1990] 2 R.C.S. 85	763, 797
Mitchell v. Peguis Indian Band.....	[1990] 2 S.C.R. 85	763, 797
Monette v. Owens	(2000), 144 Man. R. (2d) 55	103
Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)	[1996] 1 R.C.S. 75	233, 585
Mooring v. Canada (National Parole Board)	[1996] 1 S.C.R. 75	233, 585
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye.....	[1990] 3 S.C.R. 1077	940, 959
Mouhteros v. DeVry Canada Inc.	(1998), 41 O.R. (3d) 63	173
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	142
Musqueam Indian Band v. Glass	[2000] 2 S.C.R. 633, 2000 SCC 52	804
N		
National Energy Board Act (Can.) (Re)	[1986] 3 F.C. 275	610
Native Women's Assn. of Canada v. Canada.....	[1994] 3 S.C.R. 627	1045, 1082
Nelles v. Ontario	[1989] 2 S.C.R. 170	18, 37
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative).....	[1993] 1 R.C.S. 319	1090
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly).....	[1993] 1 S.C.R. 319	1090
Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities).....	[1992] 1 R.C.S. 623	608
Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities).....	[1992] 1 S.C.R. 623	607
Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines.....	[1951] 2 D.L.R. 241.....	549
Nowegijick c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 29	763
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29	763
Nurse v. Canada	(1997), 132 F.T.R. 131.....	716
O		
O'Grady v. Sparling.....	[1960] S.C.R. 804	143
Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson	[1998] 3 R.C.S. 157	142, 232, 314, 1038
Olbey c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 1008	860
Olbey v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 1008	860
Olympia & York Developments Ltd. v. Royal Trust Co.....	(1993), 20 C.B.R. (3d) 165.....	926

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Opetchesah Indian Band v. Canada	[1997] 2 S.C.R. 119	773, 802
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	940
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)	[1991] 2 R.C.S. 69	1074, 1110
Osborne v. Canada (Treasury Board)	[1991] 2 S.C.R. 69	1074, 1110
P		
Papp v. Papp	[1970] 1 O.R. 331	144
Patterson c. La Reine	[1970] R.C.S. 409	646
Patterson v. The Queen	[1970] S.C.R. 409	646
Pavlovic v. Economical Mutual Insurance Co.	(1994), 28 C.C.L.I. (2d) 314	417
Perron v. Québec (Procureur général)	[2000] Q.J. No. 4700 (QL)	111
Prete v. Ontario	(1993), 16 O.R. (3d) 161	103
Primeau v. La Reine	[2000] R.J.Q. 696	870
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307	139
Procureur général du Québec c. Labrecque	[1980] 2 R.C.S. 1057	45
Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)	[1990] 2 S.C.R. 367	279, 1037
Proulx c. Leblanc	[1969] S.C.R. 765	898
PSAC v. Canada	[1987] 1 S.C.R. 424	304, 1037
Q		
Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 683	924
Québec (Procureur général) c. Deniso LeBel Inc.	[1996] R.J.Q. 1821	61
R		
R. c. Deyardin	[1997] R.J.Q. 2367	869
R. c. Lessard	[1992] R.J.Q. 1205	861
R. c. Martineau	[1986] A.Q. n° 2049 (QL)	861
R. v. 974649 Ontario Inc.	[2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81	639, 654
R. v. Adams	[1995] 4 S.C.R. 707	450
R. v. Adams	[1996] 3 S.C.R. 101	308, 813
R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.	[2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70	1038, 1093
R. v. Araujo	[2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65	687, 705
R. v. Arcangioli	[1994] 1 S.C.R. 129	864
R. v. Arcuri	[2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54	102
R. v. Arkell	[1990] 2 S.C.R. 695	516
R. v. Armstrong	[1970] 1 C.C.C. 136	851
R. v. Arviv	(1985), 19 C.C.C. (3d) 395	668
R. v. Avetyan	[2000] 2 S.C.R. 745, 2000 SCC 56	367, 384
R. v. B. (F.F.)	[1993] 1 S.C.R. 697	842
R. v. B. (K.G.)	[1993] 1 S.C.R. 740	639
R. v. B. (L.C.)	(1996), 104 C.C.C. (3d) 353	838
R. v. Bain	[1992] 1 S.C.R. 91	29, 834

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
R. v. Barbeau.....	[1992] 2 S.C.R. 845	661
R. v. Barrow	[1987] 2 S.C.R. 694	836
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387	688, 697
R. v. Beauchamp	[2000] 2 S.C.R. 720, 2000 SCC 54	367, 385
R. v. Beaulac	[1999] 1 S.C.R. 768	1041, 1104
R. v. Belnavis	[1997] 3 S.C.R. 341	88, 648
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833	639, 673
R. v. Bevan	[1993] 2 S.C.R. 599	842, 866
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295230, 264, 347, 472, 586, 1036, 1091	
R. v. Bisson	[1998] 1 S.C.R. 306	384
R. v. Bowles	(1985), 21 C.C.C. (3d) 540	74
R. v. Brezack.....	(1949), 96 C.C.C. 97	716
R. v. Brooks	[2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11	866
R. v. Brydon	(1995), 95 C.C.C. (3d) 509	372
R. v. Burlingham.....	[1995] 2 S.C.R. 206	89
R. v. Cameron	(1991), 64 C.C.C. (3d) 96	838, 855
R. v. Campbell	[1999] 1 S.C.R. 565	30
R. v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1958] O.R. 55	50
R. v. Carosella.....	[1997] 1 S.C.R. 80	859
R. v. Caslake	[1998] 1 S.C.R. 51	656, 696, 697
R. v. Chambers.....	[1990] 2 S.C.R. 1293	865
R. v. Charemski.....	[1998] 1 S.C.R. 679	101
R. v. Charest.....	(1990), 28 Q.A.C. 258	29
R. v. Chaulk	[1990] 3 S.C.R. 1303	352, 639, 673
R. v. Cheshire.....	[1991] 3 All E.R. 670	527
R. v. Chew.....	[1968] 2 C.C.C. 127	643
R. v. Christopher	[1994] O.J. No. 3120 (QL)	729
R. v. Cleghorn	[1995] 3 S.C.R. 175	866
R. v. Cloutier.....	(1988), 43 C.C.C. (3d) 35	834, 868
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	87, 648, 676, 695, 698
R. v. Cook	[1998] 2 S.C.R. 597	656
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	862
R. v. Côté	[1978] 1 S.C.R. 8	835
R. v. Coulter	[2000] O.J. No. 3452 (QL)	732
R. v. Creighton	[1993] 3 S.C.R. 3	513
R. v. Cribbin	(1994), 17 O.R. (3d) 548	508
R. v. Curragh Inc.....	[1997] 1 S.C.R. 537	858
R. v. Dawson.....	(1998), 123 C.C.C. (3d) 385	667
R. v. Deane.....	[2001] 1 S.C.R. 279, 2001 SCC 5	441
R. v. Debot	[1989] 2 S.C.R. 1140	705
R. v. Deyardin	(1997), 119 C.C.C. (3d) 365	869
R. v. Dodson.....	(1999), 70 C.R.R. (2d) 65	620
R. v. Droste	[1984] 1 S.C.R. 208	516
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	28, 82
R. v. Duguay	[1989] 1 S.C.R. 93	87, 648
R. v. Duke	(1985), 22 C.C.C. (3d) 217	851
R. v. Dwyer	(1924), 18 Cr. App. R. 145	24, 93

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Dwyer	[1980] 1 S.C.R. 481	835
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	347, 1049, 1114
R. v. Eldorado Nucléaire Ltée.....	[1983] 2 R.C.S. 551	50
R. v. Eldorado Nuclear Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 551	50
R. v. Ertel	(1987), 58 C.R. (3d) 252.....	668
R. v. Fabre	(1990), 46 Q.A.C. 133	869
R. v. Farrant.....	[1983] 1 S.C.R. 124	507
R. v. Feeney.....	[1997] 2 S.C.R. 13	656
R. v. Fenton	(1984), 11 C.C.C. (3d) 109	834
R. v. Ferguson	(1990), 1 C.R. (4th) 53.....	721
R. v. Ferguson	[2001] 1 S.C.R. 281, 2001 SCC 6	860
R. v. Ferianz	(1962), 37 C.R. 37	86
R. v. Ferrero	(1981), 59 C.C.C. (2d) 93	652
R. v. Find.....	[2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32	332, 859
R. v. Finley	(2000), 134 B.C.A.C. 142, 2000 BCCA 160	368
R. v. Flintoff.....	(1998), 16 C.R. (5th) 248	722
R. v. Furney.....	[1991] 3 S.C.R. 89	144
R. v. G. (S.G.)	[1997] 2 S.C.R. 716.....	859
R. v. G.D.B.....	[2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22	864
R. v. Gagnon	(2000), 136 O.A.C. 116	97
R. v. Garcia-Guiterrez.....	(1991), 5 C.R. (4th) 1.....	741
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421	621, 646
R. v. Généreux	[1992] 1 S.C.R. 259	1112
R. v. George	(1991), 5 O.R. (3d) 144	667
R. v. Girimonte.....	(1997), 121 C.C.C. (3d) 33	643
R. v. Gladstone.....	[1996] 2 S.C.R. 723	774, 815
R. v. Grossi.....	(1992), 133 A.R. 278	658
R. v. Hallett	[1969] S.A.S.R. 141.....	527
R. v. Harbottle	[1993] 3 S.C.R. 306.....	507
R. v. Harrer.....	[1995] 3 S.C.R. 562.....	859
R. v. Haughton	[1994] 3 S.C.R. 516.....	843
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151	90
R. v. Hennigan	[1971] 3 All E.R. 133.....	527
R. v. Hertrich.....	(1982), 67 C.C.C. (2d) 510.....	859
R. v. Hildebrand.....	[1919] 3 W.W.R. 286	137
R. v. Hinse.....	[1995] 4 S.C.R. 597.....	453
R. v. Jacquard.....	[1997] 1 S.C.R. 314.....	843, 864
R. v. Jacques.....	[1996] 3 S.C.R. 312.....	718
R. v. Jedyneck	(1994), 16 O.R. (3d) 612	620
R. v. Jewitt.....	[1985] 2 S.C.R. 128.....	672
R. v. Joanisse.....	(1995), 102 C.C.C. (3d) 35	855
R. v. Joinson.....	(1986), 32 C.C.C. (3d) 542.....	837
R. v. Jolivet.....	[2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29	843
R. v. K. (K.).....	(2000), 144 C.C.C. (3d) 35, 2000 BCCA 161	368, 395
R. v. K.D.S.	(1990), 65 Man. R. (2d) 301	722
R. v. Kalin	[1987] B.C.J. No. 2580 (QL).....	723

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Karpinsky	[1957] S.C.R. 343	835
R. v. Kaysaywaysemat	(1992), 10 C.R. (4th) 317	74
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	233, 472
R. v. King	[1999] O.J. No. 565 (QL)	723
R. v. Klatt	(1994), 94 C.C.C. (3d) 147	843
R. v. Krannenburg	[1980] 1 S.C.R. 1053	836
R. v. Kuldip	[1990] 3 S.C.R. 618	436
R. v. Langille	(1990), 59 C.C.C. (3d) 544	95
R. v. Lawes	[1997] 3 S.C.R. 694	441
R. v. Lessard	(1992), 74 C.C.C. (3d) 552	861
R. v. Lewis	(1997), 155 D.L.R. (4th) 442	145
R. v. Lifchus	[1997] 3 S.C.R. 320	367, 382
R. v. Lim (No. 2)	(1990), 1 C.R.R. (2d) 136	690
R. v. Lord	[1995] 1 S.C.R. 747	372
R. v. Luxton	[1990] 2 S.C.R. 711	516
R. v. M. (M.R.)	[1998] 3 S.C.R. 393	688
R. v. MacGillivray	[1995] 1 S.C.R. 890	843
R. v. Major	[1977] 1 S.C.R. 826	835
R. v. Mardave Construction (1990) Ltd	Ont. Ct. (Prov. Div.), January 10, 1994	582
R. v. Martineau	(1986), 33 C.C.C. (3d) 573	861
R. v. McClure	[2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14	141
R. v. McDonald	(1932), 59 C.C.C. 56	716
R. v. McIntosh	(1999), 141 C.C.C. (3d) 97	659
R. v. Meiler	(1999), 136 C.C.C. (3d) 11	508
R. v. Ménard	[1998] 2 S.C.R. 109	74, 843
R. v. Mentuck	[2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76	480
R. v. Meunier	[1966] S.C.R. 399	836
R. v. Miller	[1993] B.C.J. No. 1613 (QL)	723
R. v. Mohan	[1994] 2 S.C.R. 9	436
R. v. Monney	[1999] 1 S.C.R. 652	718
R. v. Morrison	(1987), 35 C.C.C. (3d) 437	721
R. v. Murray	(1973), 14 C.C.C. (2d) 467	438
R. v. Naylor	[1979] Crim. L.R. 532	709
R. v. Nijjar	[1998] 1 S.C.R. 320	844
R. v. O.N.E.	[2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77	446
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	233, 614, 643, 862
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	231, 281, 1065, 1090
R. v. Oickle	[2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38	651, 656
R. v. Ouellette	[1980] 1 S.C.R. 568	614
R. v. P. (G.)	(1996), 112 C.C.C. (3d) 263	865
R. v. Pagett	(1983), 76 Cr. App. R. 279	527
R. v. Pan	[2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42	727
R. v. Pang	(1994), 95 C.C.C. (3d) 60	591
R. v. Paré	[1987] 2 S.C.R. 618	516
R. v. Paterson	(1998), 102 B.C.A.C. 200	851
R. v. Pawlowski	(1993), 12 O.R. (3d) 709	614
R. v. Pearson	(1957), 117 C.C.C. 249	652
R. v. Plant	[1993] 3 S.C.R. 281	903

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	647
R. v. R. (L.)	(1995), 100 C.C.C. (3d) 329	663
R. v. R. (R.)	(1994), 91 C.C.C. (3d) 193	851
R. v. Rahey	[1987] 1 S.C.R. 588	614, 646
R. v. Regan	(1999), 137 C.C.C. (3d) 449	614
R. v. Richards	(1997), 115 C.C.C. (3d) 377	643
R. v. Robinson	(1999), 142 C.C.C. (3d) 303	620
R. v. Robinson	[1996] 1 S.C.R. 683	639
R. v. Rockey	[1996] 3 S.C.R. 829	843
R. v. Romanowicz	(1999), 45 O.R. (3d) 506	150
R. v. Rowbotham	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1	836
R. v. Ruddick	(1980), 57 C.C.C. (2d) 421	86
R. v. Russell	[2000] 2 S.C.R. 731, 2000 SCC 55	367, 382
R. v. S. (F.)	(2000), 47 O.R. (3d) 349	29
R. v. S. (P.L.)	[1991] 1 S.C.R. 909	844, 866
R. v. S. (W.D.)	[1994] 3 S.C.R. 521	392
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	726
R. v. Sarazin	(1978), 39 C.C.C. (2d) 131	835
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	632, 669
R. v. Sharpe	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2233, 297, 1067	
R. v. Sheets	[1971] S.C.R. 614	836
R. v. Silvini	(1991), 68 C.C.C. (3d) 251	838
R. v. Simard	(1989), 36 Q.A.C. 74	869
R. v. Simard	[2000] 2 S.C.R. 911, 2000 SCC 61	441
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	718
R. v. Simons	(1976), 30 C.C.C. (2d) 162	835
R. v. Siu	(1998), 124 C.C.C. (3d) 301	861
R. v. Skinner	[1990] 1 S.C.R. 1235	314, 1039
R. v. Smith	(1959), 43 Cr. App. R. 121	527
R. v. Smith	[1989] 2 S.C.R. 1120	632
R. v. Sobotiak	(1994), 155 A.R. 16	88
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	764, 812
R. v. Starr	[2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40	367, 384
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 60788, 648, 656, 689, 697, 698	
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	513, 614
R. v. Stone	[1999] 2 S.C.R. 290	843
R. v. Stott	[1997] O.J. No. 5449 (QL)	722
R. v. Swanston	(1982), 65 C.C.C. (2d) 453	26, 94
R. v. Swick	(1997), 35 O.R. (3d) 472	437
R. v. Taillefer	(1995), 100 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (4th) 287	861
R. v. Tat	(1997), 35 O.R. (3d) 641	98
R. v. Terceira	(1998), 123 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (4th) 287	864
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	88, 676
R. v. Thompson	[1990] 2 S.C.R. 1111	88

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Toulouse	[1994] O.J. No. 2746 (QL)	732
R. v. Tran.....	[1994] 2 S.C.R. 951	842
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	262
R. v. Vaillancourt.....	[1987] 2 S.C.R. 636.....	513
R. v. Vallee	(1969), 3 C.C.C. 293.....	835
R. v. Van der Peet.....	[1996] 2 S.C.R. 507.....	813
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742.....	370, 392
R. v. Ward.....	(1976), 31 C.C.C. (2d) 466.....	652
R. v. Watson	(1991), 4 B.C.A.C. 253.....	851
R. v. Welch.....	(1980), 5 Sask. R. 175	844
R. v. White	[1998] 2 S.C.R. 72	74
R. v. Williams.....	[1998] 1 S.C.R. 1128	334
R. v. Wong.....	(1992), 12 B.C.A.C. 211.....	843
R. v. Wong.....	[1990] 3 S.C.R. 36	88
R. v. Yebes.....	[1987] 2 S.C.R. 168	77
R. v. Zundel.....	[1992] 2 S.C.R. 731	151
R.D. Belanger & Associates Ltd. v. Stadium Corp. of Ontario Ltd.	(1991), 5 O.R. (3d) 778	568
Railway Employes' Department v. Hanson	351 U.S. 225 (1956).....	341
Rathwell v. Rathwell.....	[1978] 2 S.C.R. 436.....	1125
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486.....	472, 513
Re Babcock & Wilcox Canada Ltd.....	(2000), 18 C.B.R. (4th) 157.....	926
Re Breakwater Co.	(1914), 33 O.L.R. 65.....	943
Re Cadillac Fairview Inc.	(1995), 30 C.B.R. (3d) 17.....	926
Re E.H. Clarke & Co.	[1923] 1 D.L.R. 716.....	943
Re Galaxy Interiors Ltd.	(1971), 15 C.B.R. (N.S.) 143.....	997
Re Holley	(1986), 54 O.R. (2d) 225	996
Re Laporte and The Queen	(1972), 8 C.C.C. (2d) 343.....	717
Re Lions D'Or Ltée	(1965), 8 C.B.R. (N.S.) 171.....	1004
Re M. B. Greer & Co.....	(1953), 33 C.B.R. 69.....	998
Re M. Pollack Ltée	(1979), 30 C.B.R. (N.S.) 256.....	1004
Re M.P. Industrial Mills Ltd.	(1972), 17 C.B.R. 226.....	998
Re Stewart & Matthews, Ltd. and The Winding-Up Act.....	(1916), 10 W.W.R. 154	943
Re Walker.....	(1998), 5 C.B.R. (4th) 123.....	926
Re Westam Developments Ltd.....	(1967), 10 C.B.R. (N.S.) 61	998
Reference re Education Act (Que.).....	[1993] 2 S.C.R. 511	307
Reference re Firearms Act (Can.).....	[2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31	133
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	233, 264, 302, 1037, 1082
Reference re Secession of Quebec.....	[1998] 2 S.C.R. 217	355
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.).....	[1990] 1 S.C.R. 1123	314
Reference re Truscott.....	[1967] S.C.R. 309	73
Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.....	[1997] 1 R.C.S. 32	586
Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.	[1993] 1 S.C.R. 252	418
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	472, 513
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123	314

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)	[1993] 2 R.C.S. 511	307
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)	[2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31	133
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313233, 264, 302, 1037, 1082	
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	355
Reynen v. Antonenko	(1975), 20 C.C.C. (2d) 342	717
Reynen v. Canada	(1995), 184 N.R. 350	103
Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)	[1987] 2 R.C.S. 59	144
Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)	[1987] 2 S.C.R. 59	144
Riordon Co. v. Danforth Co.	[1923] S.C.R. 319	933
Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works	[1974] S.C.R. 1189	553
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	151, 297, 834
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	346, 1118
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	346, 1118
Roberts v. Picture Butte Municipal Hospital	(1998), 64 Alta. L.R. (3d) 218	926
Robinson v. Countrywide Factors Ltd.	[1978] 1 S.C.R. 753	144
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario	[1990] 2 R.C.S. 232	1074
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario	[1990] 2 S.C.R. 232	1074
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519	1077
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519	1077
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick	[1996] 1 R.C.S. 825	352, 1118
Ross v. New Brunswick School District No. 15	[1996] 1 S.C.R. 825	352, 1118
Rothfield v. Manolakos	[1989] 2 S.C.R. 1259	60
Rothman c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 640	657
Rothman v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 640	657
Royall v. R.	(1991), 100 A.L.R. 669	527
Rugby Joint Water Board v. Shaw-Fox	[1973] A.C. 202	807
Rumley v. British Columbia	[2001] 3 S.C.R. 184, 2001 SCC 69	180
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	307, 726, 1034
RWDSU v. Saskatchewan	[1987] 1 S.C.R. 460	304, 1037
Ryan c. Victoria (Ville)	[1999] 1 R.C.S. 201	61
Ryan v. Victoria (City)	[1999] 1 S.C.R. 201	61
Rylands v. Fletcher	(1868), L.R. 3 H.L. 330	165

S

Sarabia v. "Oceanic Mindoro" (The)	(1996), 26 B.C.L.R. (3d) 143	1006
Saskatchewan Land and Homestead Co. v. Calgary and Edmonton Railway Co.	(1913), 14 D.L.R. 193	783
Schmerber v. California	384 U.S. 757 (1966)	714
Schwartz c. La Reine	[1977] 1 R.C.S. 673	670
Schwartz v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 673	670
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	307
SDGMR c. Saskatchewan	[1987] 1 R.C.S. 460	304
Sellars c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 527	53
Sellars v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 527	53
Semiahmoo Indian Band v. Canada	[1998] 1 F.C. 3	764

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Senez c. Chambre d'immeuble de Montréal	[1980] 2 R.C.S. 555	44
Senez v. Montreal Real Estate Board	[1980] 2 S.C.R. 555	44
Shelf Holdings Ltd. v. Husky Oil Operations Ltd.	(1989), 56 D.L.R. (4th) 193.....	793
Sigurdson v. Fidelity Insurance Co.....	(1980), 35 C.B.R. (N.S.) 75.....	996
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	589
Singh v. Minister of Employment and Immigration.....	[1985] 1 S.C.R. 177	589
Skogman c. La Reine.....	[1984] 2 R.C.S. 93	642, 661
Skogman v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 93	642, 661
Smith c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 554	767, 803
Smith v. The Queen	[1960] S.C.R. 776.....	143, 767, 803
Smithers c. La Reine.....	[1978] 1 R.C.S. 506.....	494, 507
Smithers v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 506.....	494, 507
Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec.....	[1979] 2 R.C.S. 618	44
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 480.....	451, 484
South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686	[1977] 1 Can. L.R.B.R. 441.....	1075, 1122
Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)	[1988] 2 S.C.R. 1015	50
Spencer c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 278	939
Spencer v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 278	939
Spruceleigh Farms	[1972] O.L.R.B. Rep. Oct. 860.....	1070
St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen.....	(1888), 14 App. Cas. 46.....	767
St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)	[1997] 2 S.C.R. 657	764, 804
State v. Audley	894 P.2d 1359 (1995).....	714
Stephens v. The Queen.....	[1960] S.C.R. 823	143
Stewart v. LePage.....	(1916), 53 S.C.R. 337	993
Succession MacDonald c. Martin.....	[1990] 3 R.C.S. 1235	141
Swain v. Spinney.....	117 F.3d 1 (1997).....	714
Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général).....	[1994] 1 R.C.S. 445	60, 553
Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)	[1994] 1 S.C.R. 445	60, 554
Switzman v. Elbling.....	[1957] S.C.R. 285	472
Symes v. Canada,	[1993] 4 S.C.R. 695	595
Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée	[1959] R.C.S. 206	1040
Syndicat international des débardeurs et magasiniers — Canada, section locale 500 c. Canada.....	[1994] 1 R.C.S. 150.....	304
T		
T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.....	[1999] 2 R.C.S. 1083	352
Taillefer c. La Reine.....	[1989] R.J.Q. 2023.....	870
Taillefer v. The Queen.....	[1989] R.J.Q. 2023.....	870
Tamper Corp. c. Johnson & Higgins Willis Faber Ltd.	[1993] R.R.A. 739	894
Tataryn c. Succession Tataryn.....	[1994] 2 R.C.S. 807	595
Tataryn v. Tataryn Estate.....	[1994] 2 S.C.R. 807	595
Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.	(1998), 40 O.R. (3d) 379	175
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	[1991] 2 R.C.S. 22	610

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada).....	[1989] 2 C.F. 245	595
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission).....	[1991] 2 S.C.R. 22	610
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission).....	[1989] 2 F.C. 245	595
The Atlantic Star	[1973] 2 All E.R. 175.....	948
The King v. Anthony.....	[1946] S.C.R. 569	50
The King v. Cliche.....	[1935] S.C.R. 561	50
The Queen in right of British Columbia v. Tener	[1985] 1 S.C.R. 533	783
The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.	[1926] S.C.R. 680	930, 967
The Tolten	[1946] P. 135	925
Thompson v. Ontario	(1998), 113 O.A.C. 82	103
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général).....	[1998] 1 R.C.S. 877	472, 1065
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General).....	[1998] 1 S.C.R. 877	472, 1065
Tock v. St. John's Metropolitan Area Board.....	[1989] 2 S.C.R. 1181	61
Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.	[1974] S.C.R. 1248	930, 967
Tolofson v. Jensen.....	[1994] 3 S.C.R. 1022	940
Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.....	[1997] 1 S.C.R. 32	586
Transport Brazeau inc. c. Noranda inc.	[1990] R.R.A. 393	898
Trenholm v. Attorney-General of Ontario	[1940] S.C.R. 301	836

U

U.E.S., Local 298 v. Bibeault	[1988] 2 S.C.R. 1048	321
U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 S.C.R. 1083	352
Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden.....	[1899] A.C. 580	137
Union St. Jacques de Montréal c. Bélisle	(1874), L.R. 6 P.C. 31	996
United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)	[1992] 1 R.C.S. 901	843
United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General).....	[1992] 1 S.C.R. 901	843
United States of America v. Shephard.....	[1977] 2 S.C.R. 1067	101, 644, 655
United States v. Robinson.....	414 U.S. 218 (1973).....	694, 713

V

Véranda Industries inc. c. Beaver Lumber Co.	[1992] R.J.Q 1763.....	898
Volkswagen Canada Inc. v. Auto Haus Frohlich Ltd.....	[1986] 1 W.W.R. 380	1006
Voratovic v. Law Society of Upper Canada.....	(1978), 20 O.R. (2d) 214	568
Vriend v. Alberta.....	[1998] 1 S.C.R. 493	347, 1049, 1091

W

Walker Estate v. York Finch General Hospital	[2001] 1 S.C.R. 647, 2001 SCC 23	412
Walker, Succession c. York Finch General Hospital.....	[2001] 1 R.C.S. 647, 2001 CSC 23	412
Wallace v. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 701	321, 1057
Watkins v. Olafson.....	[1989] 2 S.C.R. 750	674
Wayne Tank and Pump Co. v. Employers' Liability Assurance Corp..	[1973] 3 All E.R. 825.....	415

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Webb v. K-Mart Canada Ltd.....	(1999), 45 O.R. (3d) 389	173
Weber v. Ontario Hydro.....	[1995] 2 S.C.R. 929	585
Wellington Mushroom Farm.....	[1980] O.L.R.B. Rep. May 813	1070, 1122
Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton	[2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46	169, 199
Wildman c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 311	842
Wildman v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 311	842
Willick v. Willick	[1994] 3 S.C.R. 670	334
Wu v. Malamas	(1985), 21 D.L.R. (4th) 468.....	412
Y		
Yakimishyn v. Bileski	(1946), 86 C.C.C. 179.....	716
Yaselli v. Goff	12 F.2d 396 (1926).....	68
Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong	[1988] 1 A.C. 175	550
Z		
Zingre c. La Reine	[1981] 2 R.C.S. 392	939
Zingre v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 392	939

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
<i>Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry</i> , R.S.Q., c. R-20		<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
ss. 28-40	209	s. 686(1)	430, 823
s. 85.5	209	s. 693(1)(a).....	1013
s. 85.6	209	<i>Customs Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.)	
s. 119.1	209	s. 108(1)(b).....	902, 905
s. 120	209	F	
B			
<i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> , R.S.C. 1985, c. B-1		<i>Federal Court Act</i> , R.S.C. 1985, c. F-7	
s. 187(7)	978	s. 50	907
C			
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		I	
s. 1	209, 1016	<i>Immigration Act</i> , R.S.C. 1985, c. I-2	
s. 2(d)	209, 1016	s. 30	113
s. 6(1)	902	s. 69(1)	113
s. 8	679, 902	<i>Indian Act</i> , R.S.C. 1952, c. 149	
s. 13	430	s. 35	746
s. 24(1)	679	<i>Indian Act</i> , R.S.C. 1985, c. I-5	
s. 24(2)	623, 679	s. 83(1)(a).....	746
<i>Civil Code of Lower Canada</i>		<i>Insurance Act</i> , R.S.O. 1990, c. I.8	
art. 1078.1	882	s. 267.1	398
art. 1124	882	L	
<i>Class Proceedings Act</i> , 1992, S.O. 1992, c. 6		<i>Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act</i> , 1995, S.O. 1995, c. 1	
s. 5(1)	158	s. 80	1016
<i>Class Proceedings Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 50		<i>Labour Relations Act</i> , 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A	
s. 4	184	s. 3(b)	1016
<i>Constitution Act, 1867</i>		<i>Legal Profession Act</i> , S.B.C. 1987, c. 25	
s. 91(25)	113	s. 26	113
s. 92(13)	113		

	PAGE		PAGE
P		U	
<i>Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21</i>		<i>Unemployment Insurance Act, R.S.C. 1985,</i>	
s. 8.....	905	c. U-1	
<i>Provincial Offences Act, R.S.O. 1990,</i>		s. 32(b).....	902
c. P-33.....	575	W	
S		<i>Water Act, R.S.B.C. 1948, c. 361</i>	
<i>Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26</i>		s. 21.....	746
s. 40(1).....	442, 478		
s. 40(3).....	442, 478		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi de 1995 sur les relations de travail,</i> L.O. 1995, ch. 1, annexe A	
art. 1	209, 1016	art. 3b)	1016
art. 2d)	209, 1016	<i>Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. 1985,</i> ch. U-1	
art. 6(1)	902	art. 32b)	902
art. 8	679, 902	<i>Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2</i>	
art. 13	430	art. 30	113
art. 24(1)	679	art. 69(1)	113
art. 24(2)	623, 679	<i>Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7</i>	
<i>Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50</i>		art. 50	907
art. 4	184	<i>Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26</i>	
<i>Code civil du Bas Canada</i>		art. 40(1)	442, 478
art. 1078.1	882	art. 40(3)	442, 478
art. 1124	882	<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C.</i> 1985, ch. B-1	
<i>Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46</i>		art. 187(7)	978
art. 686(1)	430, 823	<i>Loi sur la protection des renseignements</i> <i>personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21</i>	
art. 693(1a)	1013	art. 8	905
L			
<i>Legal Profession Act, S.B.C. 1987, ch. 25</i>		<i>Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8</i>	
art. 26	113	art. 267.1	398
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>		<i>Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e</i> <i>suppl.)</i>	
art. 91(25)	113	art. 108(1b)	902, 905
art. 92(13)	113	<i>Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5</i>	
<i>Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O.</i> 1992, ch. 6		art. 83(1a)	746
art. 5(1)	158	<i>Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149</i>	
<i>Loi de 1995 modifiant des lois en ce</i> <i>qui concerne les relations de travail</i> <i>et l'emploi, L.O. 1995, ch. 1</i>		art. 35	746
art. 80	1016	<i>Loi sur les infractions provinciales, L.R.O.</i> 1990, ch. P.33	575

	PAGE		PAGE
<i>Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction, L.R.Q., ch. R-20</i>		art. 119.1	209
art. 28-40	209	art. 120	209
art. 85.5	209		
art. 85.6	209	W	
		<i>Water Act, R.S.B.C. 1948, ch. 361</i>	
		art. 21	746

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated November 2000, release 14).	328
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated June 2001, release 15).	1071, 1123
Alford, David G., et al. <i>Some Statistics on the Preliminary Inquiry in Canada</i> . Ottawa: Department of Justice, 1984.	664
Alford, David G., et autres. <i>Quelques statistiques sur l'enquête préliminaire au Canada</i> . Ottawa : Ministère de la Justice, 1984.	664
Archambault, Jean-Denis. "Les sources juridiques de la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne du Québec: variations de droit public" (1992), 52 <i>R. du B.</i> 515.	47
Archambault, Jean-Denis. "Les sources juridiques des immunités civiles et de la responsabilité extra-contractuelle du procureur général à raison d'accusations pénales erronées: le mixte et le mêlé (<i>Québec c. Proulx</i>)" (1999), 59 <i>R. du B.</i> 59.	60
Arthurs, H. W., et al. <i>Labour Law and Industrial Relations in Canada</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.	1045, 1084
Bagambiire, Davies B. N. <i>Canadian Immigration and Refugee Law</i> . Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1996.	138
Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. <i>La responsabilité civile</i> , 5 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1998.	894
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 5 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1998.	896
Beatty, David, and Steven Kennett. "Striking Back: Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies" (1988), 67 <i>Can. Bar Rev.</i> 573.	1041
Beatty, David, and Steven Kennett. « Striking Back : Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies » (1988), 67 <i>R. du B. can.</i> 573.	1067
Beatty, David M. <i>Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code</i> . Kingston, Ont.: McGill-Queen's University Press, 1987.	1067
Beaudry, Christian, et Claudine Roy. "Aperçu du contexte législatif", dans Ogilvy Renault, <i>La construction au Québec: perspectives juridiques</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1998, 1.	293
Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. <i>Traité général de preuve et de procédure pénales</i> , 8 ^e éd. Montréal: Thémis, 2001.	859

Benedict, Erastus Cornelius. <i>Benedict on Admiralty</i> , vol. 1, 7th ed. New York: M. Bender, 1974 (loose-leaf updated April 2001, release 84).....	923
Bercusson, Brian. <i>European Labour Law</i> . Toronto: Butterworths, 1997.	345
<i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990, "take".	783
Blais, André, et al. "Making Sense of the Vote in the 2000 Canadian Election", paper prepared for the 2001 Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, Quebec City, May 2001.	333
Bohémier, Albert. <i>Faillite et insolvabilité</i> , vol. 1. Montréal: Thémis, 1992.	1007
Boivin, Jean, et Jacques Guilbault. <i>Les relations patronales-syndicales au Québec</i> . Chicoutimi, Qué.: Gaëtan Morin, 1982.....	241
Boyer, J. Patrick. <i>Money and Message: The Law Governing Election Financing, Advertising, Broadcasting and Campaigning in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1983.	335
Branch, Ward K. <i>Class Actions in Canada</i> . Vancouver: Western Legal Publications, 1996 (loose-leaf updated December 1998, release 4).	173
Brunelle, Christian. <i>Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.....	331
Bureau international du Travail. Comité de la liberté syndicale. Rapport n° 308. <i>Cas n° 1900 (Canada) : Rapport où le comité demande à être tenu informé de l'évolution de la situation, Bulletin Officiel du B.I.T.</i> , vol. LXXX, 1997, Série B, n° 3.....	1059
Bureau international du Travail. <i>Des voix pour la liberté syndicale</i> , Éducation ouvrière 1998/3, n° 112. Genève : Bureau international du Travail, 1998.....	1041
Bureau international du Travail. <i>La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT</i> , 4 ^e éd. Genève : Bureau international du Travail, 1996.....	1041
Butt, David. "Malicious Prosecution: <i>Nelles v. Ontario</i> : REJOINER – John Sopinka — [1994] 74 Can. Bar Rev. 366" (1996), 75 <i>Can. Bar Rev.</i> 335.	48
Canada. Chambre des communes. Comité spécial institué pour étudier le Bill n° 79, <i>Loi concernant les Indiens</i> . Procès-verbaux et témoignages, fascicule n° 3, 18 avril 1951.	808
Canada. Commission d'enquête sur certains événements survenus à la Prison des femmes de Kingston. <i>La Prison des femmes de Kingston</i> . Toronto : La Commission , 1996.....	729
Canada. Commission de réforme du droit du Canada. Document de travail 30. <i>Les pouvoirs de la police : Les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal</i> . Ottawa : La Commission, 1983.	708
Canada. Commission de réforme du droit du Canada. <i>Rapport : Pour une nouvelle codification de la procédure pénale</i> , vol. 1. Ottawa : La Commission, 1991.	726
Canada. Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston. <i>The Prison for Women in Kingston</i> . Toronto: The Commission of Inquiry, 1996.	729
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada</i> . Ottawa : Commission royale sur les peuples autochtones, 1996.....	725
Canada. Department of Justice. Consultation Paper. <i>Do we still need preliminary inquiries? Options for changes to the Criminal Code</i> . Ottawa: Department of Justice Canada, 1994.	662
Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. <i>Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail</i> . Ottawa : Bureau du Conseil privé, 1968.	1059

Canada. House of Commons. Special Committee appointed to consider Bill No. 79, <i>An Act Respecting Indians</i> . Minutes of Proceedings and Evidence, No. 3, April 18, 1951.	808
Canada. Law Reform Commission. <i>Pretrial Eyewitness Identification</i> . By Neil Brooks. Ottawa: The Commission, 1983.	96
Canada. Law Reform Commission of Canada. <i>Report on Recodifying Criminal Procedure</i> , vol. 1. Ottawa: The Commission, 1991.	726
Canada. Law Reform Commission of Canada. Working Paper 30. <i>Police Powers — Search and Seizure in Criminal Law Enforcement</i> . Ottawa: The Commission, 1983.	708
Canada. Ministère de la Justice. Document de consultation. <i>L'enquête préliminaire : est-elle toujours nécessaire? Propositions de modification au Code criminel</i> . Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 1994.	662
Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada</i> , Fascicule n° 43, le 22 janvier 1981, p. 43:69-43:70.	1057
Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and House of Commons on the Constitution of Canada</i> , Issue No. 43, January 22, 1981, pp. 43:69-43:70.	1057
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Bridging the Cultural Divide. A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada</i> . Ottawa: Royal Commission on Aboriginal People, 1996.	725
Canada. Statistics Canada. Industrial Organization and Finance Division. Labour Unions Section. <i>Annual Report of the Minister of Industry, Science and Technology under the Corporations and Labour Unions Returns Act, Part II, Labour Unions</i> . Ottawa: Statistics Canada, 1992.	1060
Canada. Statistique Canada. Division de l'organisation et finances de l'industrie. Section des syndicats ouvriers. <i>Rapport annuel du ministre de l'Industrie, des Sciences et de la Technologie présenté sous l'empire de la Loi sur les déclarations des personnes morales et des syndicats, Partie II, Syndicats ouvriers</i> . Ottawa : Statistique Canada, 1992.	1060
Canada. Task Force on Labour Relations. <i>Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations</i> . Ottawa: Privy Council Office, 1968.	1059
Canada. Task Force on the Criminal Justice System and Its Impact on the Indian and Metis People of Alberta. <i>Justice on Trial: Report of the Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Metis People of Alberta</i> , vol. II. Edmonton: The Task Force, 1991.	725
Cantor, Norman L. "Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association" (1983-1984), 36 <i>Rutgers L. Rev.</i> 3.	263
Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. <i>Collective Bargaining Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.	328
Casey, James T. <i>The Regulation of Professions in Canada</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2001, release 1).	139
Castel, J.-G. <i>Canadian Conflict of Laws</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.	935
Castel, J.-G. <i>Canadian Conflict of Laws</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.	1006
Chabas, François. <i>L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation</i> . Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967.	897
Cochrane, Michael G. <i>Class Actions: A Guide to the Class Proceedings Act, 1992</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.	178

Cohen, Stanley A. "Controlling the Trial Process: The Judge and the Conduct of Trial" (1977), 36 C.R.N.S. 15.....	859
Cohen, Stanley A. "Search Incident to Arrest: How Broad an Exception to the Warrant Requirement?" (1988), 63 C.R. (3d) 182.....	726
Cohen, Stanley A. "Search Incident to Arrest" (1989-90), 32 <i>Crim. L.Q.</i> 366.....	693
<i>Corpus Juris</i> , vol. V. New York: American Law Book, 1916.....	712
Cory, Peter deC. <i>A Framework for Regulating Paralegal Practice in Ontario</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 2000.....	149
Cory, Peter deC. <i>Cadre stratégique de réglementation de la profession d'agent parajuridique en Ontario</i> . Toronto : Ministère du Procureur général, 2000.....	149
Côté, Pierre-André. "La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l'Administration québécoise — Commentaire de l'arrêt Laurentide Motels" (1994), 28 <i>R.J.T.</i> 411.....	60
Delisle, Ronald Joseph. <i>Evidence: Principles and Problems</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.....	73
<i>Dicey and Morris on the Conflict of Laws</i> , vol. 2, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2000.....	935
Dickson, Brian. "The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Context and Evolution", in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 1.....	233
Dickson, Brian. « The Canadian Charter of Rights and Freedoms : Context and Evolution », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 3 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996, 1.....	233
Dion, Gérard. "Jurisdictional Disputes", in H. Carl Goldenberg and John H. G. Crispo, eds., <i>Construction Labour Relations</i> . Ottawa: Canadian Construction Association, 1968, 333.....	350
Dion, Gérard. « Les conflits de juridiction », dans H. Carl Goldenberg et John H. G. Crispo, dir., <i>Les relations de travail dans l'industrie de la construction</i> . Ottawa : Association canadienne de la construction, 1968, 379.....	350
Drinkwater, W. Douglas, and J. Douglas Ewart. <i>Ontario Provincial Offences Procedure</i> . Toronto: Carswell, 1980.....	613
Dubé, Jean-Louis. <i>Décrets et comités paritaires: L'extension juridique des conventions collectives</i> . Sherbrooke, Qué.: Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1990.....	287
Dukelow, Daphne A., and Betsy Nuse. <i>The Dictionary of Canadian Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, "take lands".....	783
Dunberry, Éric. "Les ententes de libéralisation des marchés". Dans Ogilvy Renault, <i>La construction au Québec: perspectives juridiques</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1998, 45.....	339
Editorial, "Semantics and the threshold test for imputable causation" (2000), 24 <i>Crim. L.J.</i> 73.....	498
Eizenga, Michael A., Michael J. Peerless and Charles M. Wright. <i>Class Actions Law and Practice</i> . Toronto: Butterworths, 1999 (loose-leaf updated June 2001, issue 4).....	179
Etherington, Brian. "Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate" (1987), 19 <i>Ottawa L. Rev.</i> 1.....	237, 319

Etherington, Brian. “ <i>Lavigne v. OPSEU: Moving Toward or Away From a Freedom to Not Associate?</i> ” (1991), 23 <i>Ottawa L. Rev.</i> 533.	315
Ewaschuk, E. G. <i>Criminal Pleadings & Practice in Canada</i> , vol. 2, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated August 2001, release 49).	869
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.	412
Fletcher, I. F. <i>Insolvency in Private International Law</i> . Oxford: Clarendon Press, 1999.	1007
Fletcher, Ian F. <i>Insolvency in Private International Law: National and International Approaches</i> . Oxford: Clarendon Press, 1999.	935
Freedman, Samuel. “Admissions and Confessions”. In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., <i>Studies in Canadian Criminal Evidence</i> . Toronto: Butterworths, 1972, 95.	660
Friedenthal, Jack H., Mary K. Kane and Arthur R. Miller. <i>Civil Procedure</i> , 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1993.	171
Gagnon, Robert P. <i>Le droit du travail du Québec : pratiques et théories</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999.	321
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. <i>Droit du travail</i> , 2 ^e éd. Sainte-Foy: Presses de l’Université Laval, 1991.	306
Garant, Patrice. <i>Droit administratif</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.	44
Garant, Patrice. “La responsabilité civile de la puissance publique: du clair obscur au nébuleux” (1991), 32 <i>C. de D.</i> 745.	61
Gaudreault-DesBiens, Jean-François. <i>Le sexe et le droit : Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon</i> . Montréal: Liber; Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.	352
Gibson, Dale. <i>The Law of the Charter: Equality Rights</i> . Toronto: Carswell, 1990.	1112
Giroux, Pierre, et Stéphane Rochette. “La mauvaise foi et la responsabilité de l’État”. Dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, <i>Développements récents en droit administratif et constitutionnel</i> , vol. 119. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999, 117.	61
Gold, Alan D., and Jill R. Presser. “Let’s Not Do Away with the Preliminaries: A Case in Favour of Retaining the Preliminary Inquiry” (1996), 1 <i>Can. Crim. L.R.</i> 145.	665
Gold, Alan D., and Jill R. Presser. « Let’s Not Do Away with the Preliminaries: A Case in Favour of Retaining the Preliminary Inquiry » (1996), 1 <i>Rev. can. D.P.</i> 145.	665
Greenspan, Edward L., and Marc Rosenberg. “The Preliminary Inquiry”. In Vincent M. Del Buono, ed., <i>Criminal Procedure in Canada: Studies</i> . Toronto: Butterworths, 1982, 263.	663
Greenspan, Edward L., et Marc Rosenberg. « L’enquête préliminaire ». Dans Vincent M. Del Buono, dir., <i>Procédure pénale au Canada</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 1983, 307.	663
<i>Halsbury’s Laws of England</i> , vol. 44(1), 4th ed. (reissue). By Lord Hailsham of St. Marylebone. London: Butterworths, 1995.	609
Harmer, Lily. “The Right to Strike: Charter Implications and Interpretations” (1988), 47 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 420.	1042
Hébert, Gérard. <i>Labour Relations in the Quebec Construction Industry, Part I: The System of Labour Relations</i> . Ottawa: Economic Council of Canada, 1977.	348
Hodges-Aeberhard, Jane. “The right to organise in Article 2 of Convention No. 87: What is meant by workers ‘without distinction whatsoever’?” (1989), 128 <i>Int’l Lab. Rev.</i> 177.	1050

Hodges-Aeberhard, Jane. « Le droit syndical selon l'article 2 de la convention n° 87 : Que signifie l'expression "tous les travailleurs sans distinction d'aucune sorte"? » (1989), 128 <i>Rev. int. trav.</i> 197.	1050
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).	137, 267, 614, 1052
Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. <i>Liability of the Crown</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	50
Honsberger, John D. "Canadian Recognition of Foreign Judicially Supervised Arrangements" (1990), 76 C.B.R. (N.S.) 204.	926
Houlden, L. W., and G. B. Morawetz. <i>Bankruptcy and Insolvency Law of Canada</i> , vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2001, release 7).	998
Houlden, L. W., and Geoffrey B. Morawetz. <i>The 2001 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	934
Hunter, Ian. "Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law" (1993), 22 <i>Man. L.J.</i> 145.	1040
Hunter, Ian. « Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law » (1993), 22 <i>R.D. Man.</i> 145.	1040
Hutchinson, Allan C. <i>Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1995.	305
Immarigeon, Henriette. <i>La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada</i> . Montréal: Wilson et Lafleur, 1965.	50
International Labour Office. Committee on Freedom of Association. Report 308. <i>Case No. 1900 (Canada/Ontario): Report in which the Committee requests to be kept informed of developments, I.L.O. Official Bulletin</i> , vol. LXXX, 1997, Series B, No. 3.	1059
International Labour Office. Freedom of Association Committee. <i>Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO</i> , 4th ed. Geneva: International Labour Office, 1996.	1041
International Labour Office. <i>Voices for Freedom of Association</i> , Labour Education 1998/3, No. 112. Geneva: International Labour Office, 1998.	1041
Klar, Lewis N. "Recent Developments in Canadian Law: Tort Law" (1991), 23 <i>Ottawa L. Rev.</i> 177.	60
Klinck, Dennis R. <i>The Word of the Law</i> . Ottawa: Carleton University Press, 1992.	499
Labour Law Casebook Group. <i>Labour and Employment Law: Cases, Materials and Commentary</i> , 6th ed. Kingston, Ont.: Industrial Relations Centre, Queen's University, 1998.	1075
LaFave, Wayne R. <i>Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment</i> , vol. 3, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996.	712
La Forest, Gerard V. <i>Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1969.	817
Leclerc, Claudine, et Jean Sexton. <i>La sécurité d'emploi dans l'industrie de la construction au Québec: un rêve impossible?</i> Québec: Presses de l'Université Laval, 1983.	350
Leonard, E. Bruce. "Recognition and Access in International Insolvency Proceedings: The Canadian Perspective". Paper delivered at the INSOL International Regional Conference of the Americas, Toronto, March 1995.	964
LoPucki, Lynn M. "Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach" (1999), 84 <i>Cornell L. Rev.</i> 696.	934
London, Paul. <i>Crown Law</i> . Toronto: Butterworths, 1991.	50, 790
London, Paul. <i>La Couronne en droit canadien</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.	50, 790

Lyons, Jeffrey S. Toronto Police Services Board Review. <i>Search of Persons Policy — The Search of Persons — A Position Paper</i> , April 12, 1999.....	729
Macaulay, Robert William, and James L. H. Sprague. <i>Practice and Procedure Before Administrative Tribunals</i> , vols. 3 and 4. Toronto: Carswell, 1988 (loose-leaf updated 2001, release 1).....	589
MacNeil, Michael, Michael Lynk and Peter Engelmann. <i>Trade Union Law in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 2000, release 6).....	228
Malaurie, Philippe et Laurent Aynès. <i>Cours de droit civil</i> , t. VI, <i>Les obligations</i> , 9 ^e éd. par Laurent Aynès. Paris: Cujas, 1998.....	897
Mandel, Michael. <i>The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada</i> . Toronto: Thompson Educational Publishing, 1994.....	305
Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. <i>Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba</i> , vol. 1, <i>The Justice System and Aboriginal People</i> . Winnipeg: Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.....	725
Marquis, Paul-Yvan. <i>La responsabilité civile du notaire</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1999.....	894
Martin, G. Arthur. “Preliminary Hearings”. In <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1955</i> . Toronto: Richard de Boo, 1955, 1.....	658
Martin, John C. <i>Martin’s Annual Criminal Code 2002</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2002.....	653
Mazeaud, Antoine. <i>Droit du travail</i> , 2 ^e éd. Paris: Montchrestien, 2000.....	345
Mazeaud, Henri, Léon et Jean, et François Chabas. <i>Leçons de droit civil</i> , t. 2, vol. 1, <i>Obligations : théorie générale</i> , 9 ^e éd. par François Chabas. Paris: Montchrestien, 1998.....	897
McKinnon, Gil D. <i>The Criminal Lawyers’ Guide to Appellate Court Practice</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997.....	859
Mewett, Alan W. “No Substantial Miscarriage of Justice”. In Anthony N. Doob and Edward L. Greenspan, eds., <i>Perspectives in Criminal Law</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985, 81.....	842
Mignault, Pierre-Basile. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 5. Montréal: C. Théorêt, 1901.....	896
Mireault, Réal. “Témoignage sur l’évolution du régime des relations du travail dans le secteur de la construction”, dans Rodrigue Blouin, dir., <i>Vingt-cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990, 599.....	291
Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. <i>Le droit de l’emploi au Québec</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1998....	290
Morris, Charles J., ed. <i>The Developing Labor Law</i> . Washington: Bureau of National Affairs, 1971.....	1084
Murray, Gregor, et Pierre Verge. <i>La représentation syndicale: Visage juridique actuel et futur</i> . Sainte-Foy.: Presses de l’Université Laval, 1999.....	240
Neilson, Kathryn, and Innis Christie. “The Agricultural Labourer in Canada: A Legal Point of View” (1975), 2 <i>Dal. L.J.</i> 330.....	1075
Newman, Dwight. “Stripping Matters to Their Core: Intrusive Searches of the Person in Canadian Law” (1999), 4 <i>Can. Crim. L.R.</i> 85.....	726
Newman, Dwight. « Stripping Matters to Their Core : Intrusive Searches of the Person in Canadian Law » (1999), 4 <i>Rev. can. D.P.</i> 85.....	726
Ontario Government Media Kit for Bill 7 (<i>An Act to Restore Balance and Stability to Labour Relations and to Promote Economic Prosperity</i>). Questions and Answers: Repeal of the <i>Agricultural Labour Relations Act</i> (Bill 91). Toronto: Queen’s Park, 1995.....	1054, 1099
Ontario. Assemblée législative. <i>Journal des débats</i> , 1 ^{re} sess., 36 ^e lég., 4 octobre 1995, p. 99-100.....	1053, 1099

Ontario. Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform. <i>Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform</i> . Toronto: The Committee, 1990.....	170
Ontario. Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System. <i>Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System</i> . Toronto: The Commission, 1995.....	725
Ontario. Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario. <i>Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario</i> . Toronto : La Commission, 1995.....	725
Ontario. Criminal Justice Review Committee. <i>Report of the Criminal Justice Review Committee</i> . Toronto: The Committee, 1999.....	664
Ontario. Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole. <i>Rapport présenté au ministère du Travail</i> , juin 1992.	1030, 1087
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Class Actions</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1982.....	170
Ontario. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates</i> , 1st Sess., 36th Parl., October 4, 1995, pp. 99-100.....	1053, 1099
Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights, <i>Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights</i> , vol. 2, Report No. 1. Toronto: Queen's Printer, 1968.....	653
Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. Report to the Minister of Labour, June 1992.	1030, 1087
Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. <i>Second Report to the Minister of Labour</i> , November 1992.....	1068
Pigeon, Louis-Philippe. <i>Drafting and Interpreting Legislation</i> . Toronto: Carswell, 1988.....	37
Pigeon, Louis-Philippe. <i>Rédaction et interprétation des lois</i> . Québec : Éditeur officiel, 1965.....	37
Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. <i>Théorie des obligations</i> , 4 ^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.....	896
Pomerant, David, and Glenn Gilmour. Working Document. <i>A Survey of the Preliminary Inquiry in Canada</i> . Ottawa: Department of Justice Canada, 1993.	664
Pomerant, David, et Glenn Gilmour. Document de travail. <i>Étude de l'enquête préliminaire au Canada</i> . Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 1993.	664
Pothier, Dianne. "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences" (2001), 13 <i>C.J.W.L.</i> 37.....	1112
Presser, Jill. "All for a Good Cause: The Need for Overhaul of the <i>Smithers</i> Test of Causation" (1994), 28 <i>C.R.</i> (4th) 178.....	495
Price, Ronald R., et Paula W. Mallea. « "Pas seulement avec des mots" : La règle concernant le doute raisonnable et l'absence de tort important ou d'erreur judiciaire grave dans les décisions des cours d'appel canadiennes en droit pénal ». Dans Vincent M. Del Buono, dir., <i>Procédure pénale au Canada</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 1983, 521.....	865
Price, Ronald R., and Paula W. Mallea. "'Not by Words Alone': Criminal Appeals and the No Substantial Wrong or Miscarriage of Justice Rule". In Vincent M. Del Buono, ed., <i>Criminal Procedure in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1982, 453.....	865
Québec. Commission de la construction, Service recherche et organisation. <i>Analyse de l'industrie de la construction au Québec 1992</i> . Montréal: Le Service, 1993.....	297
Québec. Commission de la construction, Service recherche et organisation. <i>Historique des relations du travail dans l'industrie de la construction au Québec</i> , décembre 1990.....	244, 289

Québec. <i>Débats de l'Assemblée législative</i> , 3 ^e sess., 28 ^e lég., vol. 7, n ^o 105, 16 décembre 1968, p. 4987, 4998.....	244
Québec. <i>Rapport de la Commission d'enquête sur l'exercice de la liberté syndicale dans l'industrie de la construction</i> . Québec: Éditeur officiel du Québec, 1975.	244
Québec. <i>Rapport de la Commission sur la stabilisation du revenu et de l'emploi des travailleurs de l'industrie de la construction</i> . Québec: Publications du Québec, 1990.....	348
Québec. <i>Rapport du Comité d'étude et de révision de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction</i> , vol. 1. Montréal: Ministère du travail et de la main d'œuvre, 1978.	298
Robinette, J. J. "Circumstantial Evidence", [1955] <i>Spec. Lect. L.S.U.C.</i> 307.	73
Royer, Jean-Claude. <i>La preuve civile</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.	72
Sheppard, Anthony F. <i>Evidence</i> , 3rd ed. Toronto: Carswell, 1988.	73
Shuldiner, Paul R. "Visual Rape: A Look at the Dubious Legality of Strip Searches" (1979), 13 <i>J. Marshall L. Rev.</i> 273.	729
Sopinka, John. "Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests: Remedies: <i>Nelles v. Ontario: R. v. Jedyneck: R. v. Simpson</i> " (1995), 74 <i>Can. Bar Rev.</i> 366.	48
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.	72, 435
Starck, Boris, Henri Roland et Laurent Boyer. <i>Droit civil : Les obligations</i> , t. 3 <i>Régime général</i> , 6 ^e éd. par Henri Roland. Paris: Litec, 1998.	897
Street, Harry. <i>The Law of Torts</i> , 6th ed. London: Butterworths, 1976.	549
Stuart, Don. Annotation on <i>Mills v. R.</i> (1986), 52 C.R. (3d) 1.	675
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1995.....	525
Stuart, Don. <i>Charter Justice in Canadian Criminal Law</i> , 3rd ed. Toronto: Carswell, 2001.	726
Sugeno, Kazuo. "Unions as social institutions in democratic market economies" (1994), 133 <i>Int'l Lab. Rev.</i> 511.	1057
Sugeno, Kazuo. « Les syndicats, institutions sociales dans les pays démocratiques à économie de marché » (1994), 133 <i>Rev. int. trav.</i> 561.	1057
Swepton, Lee. "Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision" (1998), 137 <i>Int'l Lab. Rev.</i> 169.....	1050
Swepton, Lee. « Droits de l'homme et liberté syndicale : évolution sous le contrôle de l'OIT » (1998), 137 <i>Rev. int. trav.</i> 187.	1050
Tancelin, Maurice. <i>Des obligations : actes et responsabilités</i> , 6 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1997.....	896
Tetley, William. <i>Maritime Liens and Claims</i> , 2nd ed. Montréal: Yvon Blais, 1998.....	923
Tiersma, Peter M. <i>Legal Language</i> . Chicago: University of Chicago Press, 1999.....	498
Todd, Eric C. E. <i>The Law of Expropriation and Compensation in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.....	782, 807
Toronto Police Service. <i>Policy & Procedure Manual: Search of Persons, Arrest & Release</i> , July 1999.	706
Verge, Pierre, et Gregor Murray. <i>Le droit et les syndicats : aspects du droit syndical québécois</i> . Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.	333

	PAGE
Verge, Pierre, et Guylaine Vallée. <i>Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.	328
Waldman, Lorne. <i>Immigration Law and Practice</i> , vol. 1. Markham, Ont.: Butterworths, 1992 (loose-leaf updated April 2001, issue 37).	137
Walton, F. P. "The Legal System of Quebec" (1913), 33 <i>Can. L.T.</i> 280.	44
Weiler, Paul C. <i>Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law</i> . Toronto: Carswell, 1980.	1063
Weiss, Manfred. "Workers' Participation in the European Union", in P. Davies et al., eds., <i>European Community Labour Law: Principles and Perspectives</i> . Oxford: Clarendon Press, 1996, 213.	345
Weissman, Gary A. "Legal Esoterica: Reality is shaped by the language we used: 'Jack and the Beanstalk' as told by a judge, a psychiatrist, and an economist" (1986), 29 <i>Advocate</i> (Idaho) 22.	498
White, James. <i>A Profile of Ontario Farm Labour</i> . Brampton, Ont.: James White & Associates, 1997.	1075
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens, 1983.	513
Wright, David. "Unions and Political Action: Labour Law, Union Purposes and Democracy" (1998), 24 <i>Queen's L.J.</i> 1.	239
Yeo, Stanley. "Blamable Causation" (2000), 24 <i>Crim. L.J.</i> 144.	497
Yeo, Stanley. "Giving Substance to Legal Causation" (2000), 29 <i>C.R.</i> (5th) 215.	496
Ziegel, Jacob S. "Ships at Sea, International Insolvencies, and Divided Courts" (1998), 50 <i>C.B.R.</i> (3d) 310..	941

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Daniel Larivière *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LARIVIÈRE

Neutral citation: 2001 SCC 93.

File No.: 28198.

2001: December 5; 2001: December 20.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Majority of Court of Appeal setting aside accused's conviction for driving while disqualified — Court of Appeal expressing differences of opinion on legal issues but dissent not resting on question of law alone — Supreme Court without jurisdiction to hear Crown's appeal — Appeal quashed — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 693(1)(a).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 259(4), 693(1)(a) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 146].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (2000), 38 C.R. (5th) 130, [2000] Q.J. No. 3086 (QL), allowing an appeal from conviction. Appeal quashed.

Pierre Lapointe, for the appellant.

Érika Porter, for the *amicus curiae*.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — This appeal by the Crown was filed as of right under s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provides that:

693. (1) Where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 675 or dismisses an appeal taken pursuant to

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Daniel Larivière *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. LARIVIÈRE

Référence neutre : 2001 CSC 93.

N° du greffe : 28198.

2001 : 5 décembre; 2001 : 20 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Appels devant la Cour suprême du Canada — Pourvoi de plein droit — Annulation par la majorité de la Cour d'appel de la déclaration de culpabilité de l'accusé pour conduite pendant une interdiction — Différences d'opinion en Cour d'appel sur des questions de droit, mais la dissidence ne repose pas sur une simple question de droit — La Cour suprême n'a pas compétence pour entendre le pourvoi du ministère public — Pourvoi annulé — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 693(1)a.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 259(4), 693(1)a) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 146].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (2000), 38 C.R. (5th) 130, [2000] J.Q. n° 3086 (QL), qui a accueilli un appel contre une déclaration de culpabilité. Pourvoi annulé.

Pierre Lapointe, pour l'appelante.

Érika Porter, pour l'*amicus curiae*.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Il s'agit d'un pourvoi de plein droit formé par le ministère public en vertu de l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui est ainsi libellé :

693. (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité par suite d'un appel interjeté aux termes de l'article 675 ou rejette un appel

paragraph 676(1)(a), (b) or (c) or subsection 676(3), the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents;

2 The respondent did not appear and the Court appointed an *amicus curiae* to assist in responding to this Crown appeal. We are grateful to the *amicus* for her submissions.

3 We have considered the proper application of s. 693(1)(a) and, for the reasons that follow, we are all of the view that we have no jurisdiction to hear this appeal as the dissent in the Court of Appeal ((2000), 38 C.R. (5th) 130) is not a dissent on a question of law within the meaning of that section. Accordingly, the appeal must be quashed.

4 The respondent was convicted of driving while disqualified, contrary to s. 259(4) of the *Criminal Code*, and his conviction was set aside by the Quebec Court of Appeal, Chamberland J.A. dissenting. The oral judgment of the trial court was very brief, and led to different interpretations in the Court of Appeal as to some critical findings of fact made — or not made — by the trial judge.

5 Dussault J.A., for the majority, concluded that the trial judge believed the respondent, or at least had a reasonable doubt, as to whether he knew that he was disqualified from driving at the relevant time (para. 22). It is on that basis that he embarked upon an examination of the issues of mistake of fact, mistake of law, and officially induced errors. In his conclusion Dussault J.A. reiterated that [TRANSLATION] “unless he found that the [accused’s] explanation was not credible, the judge could not base a verdict of guilty on the fact that he failed to carry out certain research” (para. 25).

6 In contrast, Chamberland J.A. stated at the outset, referring to the reasons of Dussault J.A.: [TRANSLATION] “. . . I do not view the matter in the same way as he does” (para. 32). Although he

interjeté aux termes de l’alinéa 676(1)a, b) ou c) ou du paragraphe 676(3), le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada :

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d’appel est dissident;

L’intimé n’a pas comparu et la Cour a nommé un *amicus curiae* pour aider à trancher le présent pourvoi du ministère public. Nous sommes reconnaissants à l’*amicus* pour ses observations.

Nous avons examiné l’application qu’il convient de donner à l’al. 693(1)a) et, pour les motifs qui suivent, nous sommes tous d’avis que nous n’avons pas compétence pour entendre le pourvoi. En effet, la dissidence en Cour d’appel ((2000), 38 C.R. (5th) 130) ne porte pas sur une question de droit au sens de cette disposition. En conséquence, le pourvoi doit être annulé.

L’intimé a été déclaré coupable d’avoir conduit pendant qu’il lui était interdit de le faire, contrairement au par. 259(4) du *Code criminel*. La Cour d’appel du Québec a annulé la déclaration de culpabilité, le juge Chamberland étant dissident. Le jugement oral du tribunal de première instance est très bref. Il a donné lieu à différentes interprétations en Cour d’appel quant à certaines conclusions de fait déterminantes que le juge de première instance a tirées ou n’a pas tirées.

Le juge Dussault, au nom de la majorité, a conclu que le juge de première instance avait cru l’intimé, ou du moins avait un doute raisonnable, quant à la question de savoir s’il était au courant qu’il lui était interdit de conduire pendant la période visée (par. 22). C’est sur ce fondement qu’il a analysé les questions de l’erreur de fait, de l’erreur de droit et des erreurs provoquées par une personne en autorité. Dans sa conclusion, le juge Dussault a répété qu’« à moins de juger non crédible l’explication de l’[accusé], le juge ne pouvait pas fonder un verdict de culpabilité sur le fait qu’il a négligé certaines recherches » (par. 25).

Par contre, le juge Chamberland a déclaré dès le départ, au sujet des motifs du juge Dussault : « . . . je ne vois pas le dossier du même oeil que lui » (par. 32). Même si, au début de ses motifs, il semble

appeared to leave open any factual resolution of the issues at the outset of his reasons, Chamberland J.A. stated later that: [TRANSLATION] “The trial judge’s reasoning, brief though it is, makes it possible, in my view, to say that he found that the mental element of the offence, namely knowledge of the disqualification from driving, was established” (para. 51); [TRANSLATION] “This finding by the trial judge was entirely justified” (para. 52).

Even though the reasons in the Court of Appeal express differences of opinion of legal issues, the dissent of Chamberland J.A. does not rest on a question of law alone. Rather, his dissent is based, at most, on a mixed question of fact and law and, as such, does not give rise to the application of s. 693(1)(a).

The appeal is quashed.

Appeal quashed.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Bélanger, Murray, Richard, Quebec City.

écarter le besoin de se prononcer sur les faits, le juge Chamberland a ensuite déclaré : « Le raisonnement du juge du procès, aussi succinct soit-il, permet, à mon avis, de dire qu’il a conclu à l’élément mental de l’infraction, soit la connaissance de l’interdiction de conduire » (par. 51); « Cette conclusion du premier juge est tout à fait justifiée » (par. 52).

Même si les motifs de la Cour d’appel expriment des différences d’opinion sur des questions de droit, la dissidence du juge Chamberland ne repose pas sur une simple question de droit. Elle se fonde, au plus, sur une question mixte de fait et de droit et n’entraîne donc pas l’application de l’al. 693(1)a.

Le pourvoi est annulé.

Pourvoi annulé.

Procureur de l’appelante : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d’amicus curiae : Bélanger, Murray, Richard, Québec.

7

8

Tom Dunmore, Salame Abdulhamid, Walter Lumsden and Michael Doyle, on their own behalf and on behalf of the United Food and Commercial Workers International Union *Appellants*

v.

Attorney General for Ontario and Fleming Chicks *Respondents*

and

Attorney General of Quebec, Attorney General for Alberta, Canadian Labour Congress and Labour Issues Coordinating Committee (“LICC”) *Interveners*

INDEXED AS: DUNMORE v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2001 SCC 94.

File No.: 27216.

2001: February 19; 2001: December 20.

Present: McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Exclusion of agricultural workers from statutory labour relations regime — Whether exclusion infringes freedom of association — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, s. 80 — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, s. 3(b).

In 1994, the Ontario legislature enacted the *Agricultural Labour Relations Act, 1994* (“ALRA”), which extended trade union and collective bargaining rights to agricultural workers. Prior to the adoption of this legislation, agricultural workers had always been excluded from Ontario’s labour relations regime. A year later, by virtue

Tom Dunmore, Salame Abdulhamid, Walter Lumsden et Michael Doyle, en leur propre nom et au nom de l’Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce *Appellants*

c.

Procureur général de la province de l’Ontario et Fleming Chicks *Intimés*

et

Procureur général du Québec, Procureur général de l’Alberta, Congrès du travail du Canada et Labour Issues Coordinating Committee (« LICC ») *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : DUNMORE c. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2001 CSC 94.

N^o du greffe : 27216.

2001 : 19 février; 2001 : 20 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’association — Exclusion des travailleurs agricoles du régime légal de relations de travail — L’exclusion porte-t-elle atteinte à la liberté d’association? — Dans cette éventualité, l’atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l’emploi, L.O. 1995, ch. 1, art. 80 — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, art. 3b).

En 1994, la législature de l’Ontario édicte la *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l’agriculture* (« LRTA ») qui reconnaît aux travailleurs agricoles le droit de se syndiquer et de négocier collectivement. Avant cette loi, les travailleurs agricoles avaient toujours été exclus du régime légal des relations de travail de

of s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995* (“LRESLAA”), the legislature repealed the *ALRA* in its entirety, in effect subjecting agricultural workers to s. 3(b) of the *Labour Relations Act, 1995* (“LRA”), which excluded them from the labour relations regime set out in the *LRA*. Section 80 also terminated any certification rights of trade unions, and any collective agreements certified, under the *ALRA*. The appellants brought an application challenging the repeal of the *ALRA* and their exclusion from the *LRA*, on the basis that it infringed their rights under ss. 2(d) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Both the Ontario Court (General Division) and the Ontario Court of Appeal upheld the challenged legislation.

Held (Major J. dissenting): The appeal should be allowed. The impugned legislation is unconstitutional.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The purpose of s. 2(d) of the *Charter* is to allow the achievement of individual potential through interpersonal relationships and collective action. This purpose commands a single inquiry: has the state precluded activity because of its associational nature, thereby discouraging the collective pursuit of common goals? While the traditional four-part formulation of the content of freedom of association sheds light on this concept, it does not capture the full range of activities protected by s. 2(d). In some cases s. 2(d) should be extended to protect activities that are inherently collective in nature, in that they cannot be performed by individuals acting alone. Trade unions develop needs and priorities that are distinct from those of their members individually and cannot function if the law protects exclusively the lawful activities of individuals. The law must thus recognize that certain union activities may be central to freedom of association even though they are inconceivable on the individual level.

Ordinarily, the *Charter* does not oblige the state to take affirmative action to safeguard or facilitate the exercise of fundamental freedoms. There is no constitutional right to protective legislation *per se*. However, history has shown and Canada’s legislatures have recognized that a posture of government restraint in the area of labour relations will expose most workers not only to a range of unfair labour practices, but potentially to legal liability under common law inhibitions on combinations and restraints of trade. In order to make the freedom to organize meaningful, in this very particular context, s. 2(d) of the *Charter* may impose a positive obligation on the state to extend protective legislation to unprotected groups. The distinction

l’Ontario. Un an plus tard, avec l’art. 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l’emploi* (« LMLRTE ») la législature abroge la *LRTA* dans sa totalité, ce qui a pour effet d’assujettir les travailleurs agricoles à l’al. 3b) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* (« LRT ») qui les exclut du régime des relations de travail établi par la *LRT*. De plus, l’article 80 met fin aux droits d’accréditation des syndicats et aux conventions collectives signées en vertu de la *LRTA*. Les appelants contestent l’abrogation de la *LRTA* et leur exclusion de la *LRT*, invoquant l’atteinte aux droits que leur confèrent l’al. 2d) et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour de l’Ontario (Division générale) et la Cour d’appel de l’Ontario confirment la validité des lois contestées.

Arrêt (le juge Major est dissident) : L’appel est accueilli. Les textes législatifs contestés sont inconstitutionnels.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : L’alinéa 2d) de la *Charte* a pour objet l’épanouissement individuel au moyen de relations interpersonnelles et de l’action collective. Cet objet commande une seule question : l’État a-t-il empêché l’activité en raison de sa nature associative, décourageant ainsi la poursuite collective d’objectifs communs? Si la formulation traditionnelle en quatre points du contenu de la liberté d’association clarifie la notion, elle ne rend pas compte de toute la gamme d’activités protégées par l’al. 2d). Dans certains cas, la protection de l’al. 2d) devrait couvrir des activités qui, par leur nature inhérente, sont collectives, en ce qu’elles ne peuvent être accomplies par une personne seule. Les syndicats ont des besoins et des priorités qui sont distincts de ceux de leurs membres individuels et ne peuvent fonctionner si la loi protège exclusivement des activités individuelles licites. La loi doit reconnaître que certaines activités syndicales peuvent être au cœur de la liberté d’association même si elles ne peuvent exister au niveau individuel.

Généralement, la *Charte* n’oblige pas l’État à prendre des mesures positives pour préserver et faciliter l’exercice de libertés fondamentales. Il n’existe pas de droit constitutionnel à la protection légale comme tel. Toutefois l’histoire a montré, et les législateurs canadiens ont reconnu, qu’une attitude de retenue de la part du gouvernement dans le domaine des relations de travail expose la plupart des travailleurs non seulement à diverses pratiques déloyales de travail, mais peut aussi engager leur responsabilité juridique en common law pour coalition ou restriction du commerce. Dans ce contexte très particulier, pour que la liberté syndicale ait un sens, l’al. 2d) de la *Charte* peut imposer à l’État

between positive and negative state obligations ought to be nuanced in the context of labour relations, in the sense that excluding agricultural workers from a protective regime contributes substantially to the violation of protected freedoms.

Several considerations circumscribe the possibility of challenging underinclusion under s. 2 of the *Charter*: (1) claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime; (2) the evidentiary burden in cases where there is a challenge to underinclusive legislation is to demonstrate that exclusion from a statutory regime permits a substantial interference with the exercise of protected s. 2(d) activity; and (3), in order to link the alleged *Charter* violation to state action, the context must be such that the state can be truly held accountable for any inability to exercise a fundamental freedom. The contribution of private actors to a violation of fundamental freedoms does not immunize the state from *Charter* review.

In order to establish a violation of s. 2(d) of the *Charter*, the appellants must demonstrate that their claim relates to activities that fall within the range of activities protected by s. 2(d) of the *Charter*, and that the impugned legislation has, either in purpose or effect, interfered with these activities. In this case, insofar as the appellants seek to establish and maintain an association of employees, their claim falls squarely within the protected ambit of s. 2(d). Moreover, the effective exercise of the freedoms in s. 2(d) require not only the exercise in association of the constitutional rights and freedoms and lawful rights of individuals, but the exercise of certain collective activities, such as making majority representations to one's employer. Conflicting claims concerning the meaning of troubling comments in the legislature make it impossible to conclude that the exclusion of agricultural workers from the *LRA* was intended to infringe their freedom to organize, but the effect of the exclusion in s. 3(b) of the *LRA* is to infringe their right to freedom of association.

The *LRA* is clearly designed to safeguard the exercise of the freedom to associate rather than to provide a limited statutory entitlement to certain classes of citizens. Through the right to organize inscribed in s. 5 of the *LRA* and the protection offered against unfair labour practices, the legislation recognizes that without a statutory vehicle employee associations are, in many cases, impossible. Here, the appellants do not claim a constitutional right to general inclusion in the *LRA*, but simply a constitutional freedom to organize a trade association. This freedom to

l'obligation positive d'étendre la protection légale à des groupes non protégés. La distinction entre obligations positives et négatives de l'État doit être nuancée dans le contexte des relations de travail, en ce sens que l'exclusion des travailleurs agricoles de l'application d'un régime de protection contribue substantiellement à la violation de libertés protégées.

Plusieurs considérations délimitent la possibilité de contester la non-inclusion sur le fondement de l'art. 2 de la *Charte* : (1) la contestation de la non-inclusion devrait reposer sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, plutôt que sur l'accès à un régime légal précis; (2) la charge de preuve consiste à démontrer que l'exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'al. 2d); et (3) pour établir le lien entre la violation alléguée de la *Charte* et la mesure gouvernementale, le contexte doit être tel que l'État peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale. La participation de personnes privées à la violation de libertés fondamentales ne met pas l'État à l'abri d'un contrôle judiciaire fondé sur la *Charte*.

Pour établir l'atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*, les appelants doivent prouver que leur demande vise des activités faisant partie de celles qu'il protège et que les dispositions contestées, par leur objet ou leur effet, compromettent ces activités. En l'espèce, dans la mesure où les appelants veulent constituer et maintenir une association d'employés, leur demande relève manifestement de la protection conférée par l'al. 2d) de la *Charte*. De plus, l'exercice réel des libertés conférées par l'al. 2d) exige non seulement l'exercice en association des droits et libertés constitutionnels et des droits légitimes des individus, mais aussi l'exercice de certaines activités collectives, comme la défense des intérêts de la majorité auprès de l'employeur. Les arguments contradictoires concernant le sens de commentaires troublants faits devant la législature rendent impossible la conclusion que l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* visait à faire obstacle à leur liberté syndicale, mais l'effet de l'exclusion prévue à l'al. 3b) de la *LRT* est une atteinte à leur droit à la liberté d'association.

La *LRT* vise clairement à protéger l'exercice de la liberté d'association, et non à accorder un droit limité à certaines catégories de citoyens. Par le droit de se syndiquer prévu à l'art. 5 de la *LRT* et la protection contre les pratiques déloyales, la loi reconnaît que l'absence de régime légal peut, dans bien des cas, rendre impossible l'association d'employés. Les appelants en l'espèce ne revendiquent pas un droit constitutionnel à l'inclusion générale dans la *LRT*, mais simplement la liberté constitutionnelle de former une association syndicale. Cette

organize exists independently of any statutory enactment, although its effective exercise may require legislative protection in some cases. The appellants have met the evidentiary burden of showing that they are substantially incapable of exercising their fundamental freedom to organize without the *LRA*'s protective regime. While the mere fact of exclusion from protective legislation is not conclusive evidence of a *Charter* violation, the evidence indicates that, but for the brief period covered by the *ALRA*, there has never been an agricultural workers' union in Ontario and agricultural workers have suffered repeated attacks on their efforts to unionize. The inability of agricultural workers to organize can be linked to state action. The exclusion of agricultural workers from the *LRA* functions not simply to permit private interferences with their fundamental freedoms, but to substantially reinforce such interferences. The inherent difficulties of organizing farm workers, combined with the threat of economic reprisal from employers, form only part of the reason why association is all but impossible in the agricultural sector in Ontario. Equally important is the message sent by the exclusion of agricultural workers from the *LRA*, which delegitimizes their associational activity and thereby contributes to its ultimate failure. The most palpable effect of the *LRESLAA* and the *LRA* is, therefore, to place a chilling effect on non-statutory union activity.

With respect to the s. 1 analysis, the evidence establishes that many farms in Ontario are family-owned and operated, and that the protection of the family farm is a pressing enough objective to warrant the infringement of s. 2(d) of the *Charter*. The economic objective of ensuring farm productivity is also important. Agriculture occupies a volatile and highly competitive part of the private sector economy, experiences disproportionately thin profit margins and, due to its seasonal character, is particularly vulnerable to strikes and lockouts.

There is also a rational connection between the exclusion of agricultural workers from Ontario's labour relations regime and the objective of protecting the family farm. Unionization leads to formalized labour-management relationships and gives rise to a relatively formal process of negotiation and dispute resolution. It is reasonable to speculate that unionization will threaten the flexibility and cooperation that is characteristic of the family farm. Yet this concern is only as great as the extent of the family farm structure in Ontario and does not necessarily apply to the right to form an agricultural association. The notion that employees should sacrifice their freedom to associate in order to maintain a flexible employment relationship should be carefully

liberté existe indépendamment de tout texte législatif, même si son exercice réel peut exiger parfois une protection légale. Les appelants ont apporté la preuve qu'ils sont essentiellement dans l'incapacité d'exercer leur liberté fondamentale de se syndiquer en l'absence du régime de protection de la *LRT*. Si la simple exclusion d'un régime de protection n'est pas la preuve concluante d'une violation de la *Charte*, la preuve indique que, sauf pour la brève période couverte par la *LRTA*, il n'y a jamais eu de syndicat de travailleurs agricoles en Ontario et que leurs efforts de syndicalisation se sont heurtés à des attaques répétées. L'incapacité des travailleurs agricoles de se syndiquer est liée à l'action de l'État. Leur exclusion de la *LRT* n'a pas simplement pour effet de permettre des atteintes privées à leurs libertés fondamentales, mais de les renforcer considérablement. Les difficultés inhérentes à l'organisation des travailleurs agricoles, de pair avec le risque de représailles financières de la part de l'employeur, n'expliquent qu'en partie l'impossibilité d'association dans le secteur agricole en Ontario. Tout aussi important est le message que transmet l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT*, qui retire à l'activité associative sa légitimité et assure ultimement son échec. L'effet le plus manifeste de la *LMLRTE* et de la *LRT* est de paralyser l'activité syndicale hors d'un cadre légal.

Pour l'analyse selon l'article premier, il est établi qu'il existe en Ontario de nombreuses fermes dont la propriété et l'exploitation revêtent un caractère familial et que la protection de la ferme familiale est un objectif suffisamment urgent pour justifier l'atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*. L'objectif économique d'assurer la productivité du secteur agricole est aussi un objectif important. L'agriculture est un secteur volatile et hautement concurrentiel de l'économie privée, ses marges de profit sont disproportionnellement minces et son caractère saisonnier la rend particulièrement vulnérable aux grèves et aux lock-out.

Il existe un lien rationnel entre l'exclusion de travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario et l'objectif de protection de la ferme familiale. La syndicalisation fait naître des rapports formels entre employés et employeurs et donne lieu à un processus relativement formel de négociation et de règlement des différends. Il est raisonnable de craindre que la syndicalisation compromette la souplesse et la collaboration caractéristiques de la ferme familiale. Cependant cette inquiétude ne devrait pas déborder le cadre de l'exploitation agricole familiale en Ontario et ne touche pas nécessairement le droit de former une association agricole. L'idée que des employés devraient renoncer à leur liberté de s'associer afin de préserver la souplesse des relations

circumscribed, as it could, if left unchecked, justify restrictions on unionization in many sectors of the economy.

The wholesale exclusion of agricultural workers from Ontario's labour relations regime does not minimally impair their right to freedom of association. The categorical exclusion of agricultural workers is unjustified where no satisfactory effort has been made to protect their basic right to form associations. The exclusion is overly broad as it denies the right of association to every sector of agriculture without distinction. The reliance on the family farm justification ignores an increasing trend in Canada towards corporate farming and complex agribusiness and does not justify the unqualified and total exclusion of all agricultural workers from Ontario's labour relations regime. More importantly, no justification is offered for excluding agricultural workers from all aspects of unionization, in particular those protections that are necessary for the effective formation and maintenance of employee associations. Nothing in the record suggests that protecting agricultural workers from the legal and economic consequences of forming an association would pose a threat to the family farm structure. Consequently, the total exclusion of agricultural workers from Ontario's labour relations regime is not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

The appropriate remedy in this case is to declare the *LRESLAA* unconstitutional to the extent that it gives effect to the exclusion clause found in s. 3(b) of the *LRA*, and to declare s. 3(b) of the *LRA* unconstitutional. The declarations should be suspended for 18 months, thereby allowing amending legislation to be passed if the legislature sees fit to do so. Section 2(d) of the *Charter* only requires the legislature to provide a statutory framework that is consistent with the principles established in this case. At a minimum, these principles require that the statutory freedom to organize in s. 5 of the *LRA* be extended to agricultural workers, along with protections judged essential to its meaningful exercise, such as freedom to assemble, freedom from interference, coercion and discrimination and freedom to make representations and to participate in the lawful activities of the association. The appropriate remedy does not require or forbid the inclusion of agricultural workers in a full collective bargaining regime, whether it be the *LRA* or a special regime applicable only to agricultural workers.

It is unnecessary to consider the status of occupational groups under s. 15(1) of the *Charter*.

de travail devrait être soigneusement circonscrite car elle pourrait, en l'absence de balises, justifier la restriction de la syndicalisation dans de nombreux secteurs économiques.

L'exclusion en bloc des travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario n'est pas une atteinte minimale à leur liberté d'association. L'exclusion catégorique des travailleurs agricoles n'est pas justifiée quand aucun effort satisfaisant n'a été fait pour protéger leur droit fondamental de former des associations. L'exclusion est excessive car elle retire le droit d'association à tous les secteurs de l'agriculture sans distinction. L'argument de la protection de la ferme familiale ne tient pas compte de l'évolution de l'agriculture au Canada vers l'exploitation commerciale et l'agro-industrie et ne justifie pas l'exclusion totale et absolue de tous les travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario. De façon plus importante, on n'offre aucune justification de l'exclusion des travailleurs agricoles de tous les aspects de la syndicalisation, spécialement les protections nécessaires, dans les faits, à la formation et au maintien d'associations d'employés. Rien au dossier n'indique que protéger les travailleurs agricoles contre les conséquences juridiques et financières de la formation d'une association mettrait en danger la structure d'exploitation familiale. Par conséquent, l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles de la *LRT* n'est pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La réparation qui s'impose en l'espèce est de déclarer inconstitutionnelle la *LMLRTE* dans la mesure où elle donne effet à la disposition d'exclusion de l'al. 3b) de la *LRT*, et de déclarer inconstitutionnel l'al. 3b) de la *LRT*. L'effet des déclarations devrait être suspendu pendant 18 mois pour permettre l'adoption de toute loi modificative que la législature estimerait nécessaire. L'alinéa 2d) de la *Charte* oblige seulement le législateur à établir un cadre législatif compatible avec les principes dégagés en l'espèce. Au minimum, ces principes exigent que soit reconnu aux travailleurs agricoles le droit de se syndiquer prévu à l'art. 5 de la *LRT*, avec les garanties jugées essentielles à son exercice véritable, comme la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de l'association et de présenter des revendications, et la protection de l'exercice de ces libertés contre l'ingérence, les menaces et la discrimination. La réparation n'exige pas et n'interdit pas l'inclusion des travailleurs agricoles dans un régime complet de négociation collective, que ce soit la *LRT* ou un régime spécial applicable uniquement aux travailleurs agricoles.

Il est inutile d'examiner le statut des travailleurs agricoles en vertu du par. 15(1) de la *Charte*.

Per L'Heureux-Dubé J.: The purpose of s. 80 of the *LRESLAA* and s. 3(b) of the *LRA* is to prevent agricultural workers from unionizing, and this purpose infringes s. 2(d) of the *Charter*. In the record, there is clear evidence of intent on the part of the government of Ontario to breach the s. 2(d) rights of agricultural workers, including repeated instances where government officials indicated that the impugned legislation's intent was to hinder union-related activities in the agricultural sector. On a balance of probabilities, the evidence demonstrates that the legislature's purpose in enacting the exclusion was to ensure that persons employed in agriculture remained vulnerable to management interference with their associational activities, in order to prevent the undesirable consequences which it had feared would result from agricultural workers' labour associations. Furthermore, the evidence does not reveal any positive effects upon the associational freedom of agricultural workers stemming from their exclusion from the *LRA*. The reality of the labour market, which has led to the development of protective labour legislation, indicates that when the protection is removed without any restriction or qualification, associational rights are often infringed, or have the potential to be infringed, to an extent not confined to unionization activities. Consequently, it was in the reasonable contemplation of the government at the time of the enactment of the impugned legislation that the effect of the exclusion clause would be to affect associational freedoms beyond the realm of unionization, thus breaching s. 2(d) *Charter* rights.

In the present case, there is a positive obligation on the government to provide legislative protection against unfair labour practices. A positive duty to assist excluded groups generally arises when the claimants are in practice unable to exercise a *Charter* right. In the case of agricultural workers in Ontario, the freedom to associate becomes meaningless in the absence of a duty of the State to take positive steps to ensure that this right is not a hollow one. The government has breached the s. 2(d) rights of agricultural workers because it has enacted a new labour statute which leaves them perilously vulnerable to unfair labour practices. The absolute removal of *LRA* protection from agricultural workers has created a situation where employees have reason to fear retaliation against associational activity by employers. In light of the reality of the labour market, the failure of the Ontario legislature to spell out a regime defining which associational activities are to be protected from management retaliation has a chilling effect on freedom of association for agricultural workers. The chilling effect of the impugned provision has forced agricultural workers to abandon associational efforts and restrain themselves from further associational initiatives. The freedom of association of agricultural workers under the *LRA* can be

Le juge L'Heureux-Dubé : L'objet de l'art. 80 de la *LMLRTE* et de l'al. 3b) de la *LRT* est d'empêcher les travailleurs agricoles de se syndiquer et cet objet contrevient à l'al. 2d) de la *Charte*. Le dossier établit clairement l'intention du gouvernement de l'Ontario de porter atteinte aux droits des travailleurs agricoles suivant l'al. 2d), notamment les nombreuses déclarations de représentants du gouvernement indiquant que l'intention des dispositions contestées était de faire obstacle aux activités syndicales dans le secteur agricole. Selon la prépondérance des probabilités, la preuve montre que l'objectif du législateur, en adoptant la clause d'exclusion, était de faire en sorte que les personnes employées dans l'agriculture restent vulnérables à l'ingérence de la direction dans leurs activités associatives, de manière à éviter les conséquences peu souhaitables qu'il craignait devoir résulter des associations de travailleurs agricoles. De plus, la preuve ne révèle aucun effet positif de l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* sur leur liberté d'association. La réalité concrète du marché du travail, qui a conduit à l'élaboration de mesures législatives de protection, montre que le retrait de la protection, sans restrictions ni conditions, s'accompagne souvent ou risque de s'accompagner d'atteintes aux droits d'association, des atteintes dont la portée ne se limite pas aux seules activités syndicales. Il était donc raisonnablement prévisible pour le gouvernement que l'adoption de la disposition d'exclusion affecterait les libertés d'association au-delà du domaine de la syndicalisation, portant ainsi atteinte aux droits protégés par l'al. 2d) de la *Charte*.

En l'espèce, le gouvernement a l'obligation positive de fournir une protection légale contre les pratiques déloyales de travail. En général, l'incapacité pratique d'exercer un droit garanti par la *Charte* fait naître une obligation positive d'aider les groupes exclus. Pour les travailleurs agricoles en Ontario, la liberté d'association perd tout son sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour que ce droit ne soit pas un droit fictif. Le gouvernement a porté atteinte aux droits des travailleurs agricoles selon l'al. 2d) parce qu'il a adopté une nouvelle législation du travail qui les rend dangereusement vulnérables aux pratiques déloyales. Le retrait absolu des travailleurs agricoles de la protection de la *LRT* a créé une situation dans laquelle les employés ont des raisons de craindre des représailles de leurs employeurs contre leur activité associative. Dans le contexte concret du marché du travail, l'omission du législateur ontarien de préciser un régime définissant quelles activités associatives doivent être protégées des représailles de la direction crée un effet paralysant sur la liberté d'association des travailleurs agricoles. L'effet paralysant de la disposition attaquée a forcé des travailleurs agricoles à abandonner leurs efforts associatifs et à s'abstenir d'engager de nouvelles initiatives

characterized as a hollow right because it amounts to no more than the freedom to suffer serious adverse legal and economic consequences. In a constitutional democracy, not only must fundamental freedoms be protected from State action, they must also be given "breathing space".

Since the impugned legislation infringes s. 2(d), it is necessary to make but a single observation with respect to whether the exclusion of agricultural workers from the *LRA* constitutes discrimination under s. 15(1) of the *Charter*. The occupational status of agricultural workers constitutes an "analogous ground" for the purposes of an analysis under s. 15(1). There is no reason why an occupational status cannot, in the right circumstances, identify a protected group. Employment is a fundamental aspect of an individual's life and an essential component of identity, personal dignity, self-worth and emotional well-being. Agricultural workers generally suffer from disadvantage and the effect of the distinction made by their exclusion from the *LRA* is to devalue and marginalize them within Canadian society. Agricultural workers, in light of their relative status, low levels of skill and education, and limited employment and mobility, can change their occupational status only at great cost, if at all.

The impugned legislation is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While labour statutes, such as the *LRA*, fulfill important objectives in our society, s. 3(b) does not pursue a pressing and substantial concern justifying the breach of the appellants' *Charter* rights. It cannot be argued that Ontario agriculture has unique characteristics which are incompatible with legislated collective bargaining. It is also difficult to accept that none of the *LRA*'s purposes, enumerated at s. 2 of the *LRA*, which speak to the basic characteristics required for the operation of a modern business, are inapplicable in the agricultural sector. At the very least, the expressions of intent found in s. 2 of the *LRA* would apply to factory-like agricultural enterprises. Without enunciating a constitutionally valid reason, one cannot countenance a breach of a *Charter* guaranteed fundamental freedom on grounds which appear to be based on a policy geared to enhance the economic well-being of private enterprises. The government is entitled to provide financial and other support to agricultural operations, including family farms. However, it is not open to the government to do so at the expense of the *Charter* rights of those who are employed in such activities, if such a policy choice cannot be demonstrably justified.

associatives. La liberté d'association des travailleurs agricoles sous le régime de la *LRT* n'est qu'un droit fictif puisqu'elle n'est rien d'autre que la liberté de subir de graves préjudices sur les plans juridique et économique. Dans une démocratie constitutionnelle, il ne suffit pas de protéger les libertés fondamentales contre les mesures de l'État : il faut aussi leur assurer un « espace vital ».

Puisque les dispositions attaquées contreviennent à l'al. 2d), une seule remarque s'impose sur la question de savoir si l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* est discriminatoire selon le par. 15(1) de la *Charte*. Le statut professionnel des travailleurs agricoles est un « motif analogue » aux fins de l'analyse selon le par. 15(1). Rien ne justifie que le statut professionnel ne puisse, lorsque les circonstances s'y prêtent, définir un groupe protégé. L'emploi est un aspect fondamental de la vie d'une personne et une composante essentielle de son sens de l'identité, de sa dignité, de sa valorisation et de son bien-être émotionnel. Les travailleurs agricoles souffrent généralement d'un désavantage et la distinction créée par leur exclusion de la *LRT* a pour effet de les dévaloriser et de les marginaliser au sein de la société canadienne. Les travailleurs agricoles, compte tenu de leur position, de leur niveau de formation et d'instruction, et de leur mobilité professionnelle limitée, ne peuvent modifier leur statut professionnel qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent.

Les dispositions législatives ne sont pas justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte*. Si les lois sur les relations de travail comme la *LRT* permettent de réaliser d'importants objectifs dans notre société, l'al. 3b) ne vise pas un objectif urgent et réel justifiant la violation des droits des appelants selon la *Charte*. On ne peut soutenir que l'agriculture de l'Ontario présente des caractéristiques uniques qui la rendent incompatible avec tout régime légal de négociation collective. Il est aussi difficile d'accepter qu'aucun des objets énumérés à l'art. 2 de la *LRT*, visant les caractéristiques fondamentales nécessaires à l'exploitation d'une entreprise moderne, ne soit réalisable dans le secteur agricole. Les expressions d'intention à l'art. 2 de la *LRT* s'appliqueraient au moins aux entreprises fonctionnant comme des usines. On ne peut, sans énoncer de raison constitutionnellement valide, accepter la violation d'une liberté fondamentale garantie par la *Charte* pour des motifs qui semblent fondés sur une politique visant l'amélioration de la santé économique des entreprises privées. Le gouvernement est en droit d'apporter une aide financière et autre aux exploitations agricoles, y compris aux fermes familiales, mais il ne peut le faire au détriment de droits garantis par la *Charte* aux personnes qui sont employées à de telles activités, lorsque la justification d'un tel choix de politique ne peut être démontrée.

Even if the impugned legislation pursued a valid objective, the absoluteness of the exclusion clause, barring all persons employed in agriculture from all components of the *LRA*, speaks to the lack of proportionality between the perceived ills to be avoided and their remedy. First, a rational connection between the objective of securing the well-being of the agricultural sector in Ontario and the exclusion of persons employed in agriculture from all associational protections contained in the *LRA* has not been established. If the good labour management principles outlined in s. 2 of the *LRA* have a basis in fact, then barring all persons employed in agriculture from all the benefits under the *LRA* may have the opposite effect. Second, the complete exclusion of agricultural workers from the *LRA* does not minimally impair their *Charter* rights. Such a blunt measure can hardly be characterized as achieving a delicate balance among the interests of labour and those of management and the public. It weakens the case for deference to the legislature. This is further aggravated because those affected by the exclusion are not only vulnerable as employees but are also vulnerable as members of society with low income, little education and scant security or social recognition. The current law is not carefully tailored to balance the *Charter* freedoms of persons employed in agriculture in Ontario and the societal interest in harmonious relations in the labour market. While the important role that family farms play in Ontario agriculture must be recognized, such a role is not unique to Ontario. Further, both families and farms have evolved. There is no obvious connection between the exclusion of agricultural workers from the *LRA* and farmers or family farms. A city-based corporation could be operating an agricultural entity and benefit from the restrictions on the freedoms of association of its agricultural workers. Labour statutes in other provinces contain agricultural exemptions that are narrower than the one contained in the *LRA*. The objective of securing the well-being of the agricultural sector in Ontario can be achieved through a legislative mechanism that is less restrictive of free association than the existing complete exclusion of agricultural workers from the *LRA*.

Per Major J. (dissenting): The appellants failed to demonstrate that the impugned legislation has, either in purpose or effect, infringed activities protected by s. 2(d) of the *Charter*. In particular, s. 2(d) does not impose a positive obligation of protection or inclusion on the state in this case. Prior to the enactment of the *LRA*, agricultural workers had historically faced significant difficulties organizing and the appellants did not establish that the state is causally responsible for the inability of agricultural workers to exercise a fundamental freedom.

Même si la disposition poursuivait un objectif valide, le caractère absolu de la clause d'exclusion qui vise toutes les personnes employées à l'agriculture de tous les éléments de la *LRT*, révèle un manque de proportionnalité entre les maux qu'on cherche à éviter et leur remède. Premièrement, on n'a pas établi de lien rationnel entre l'objectif d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario et l'exclusion de personnes employées à l'agriculture de toutes les protections en matière d'association que contient la *LRT*. Si les principes de saine gestion de la main-d'œuvre énoncés à l'art. 2 de la *LRT* ont un fondement dans la réalité, alors le fait d'exclure la main-d'œuvre agricole de tous les avantages conférés par la *LRT* peut avoir l'effet inverse. Deuxièmement, l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* n'est pas une atteinte minimale à leurs droits selon la *Charte*. Une mesure aussi brutale ne peut être considérée comme établissant un équilibre délicat entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public. Elle affaiblit la thèse de la retenue envers le législateur. La situation est aggravée du fait que les personnes touchées par l'exclusion sont vulnérables non seulement en tant qu'employés, mais aussi en tant que membres de la société ayant de faibles revenus, peu d'instruction et peu de sécurité d'emploi ou de reconnaissance sociale. La loi actuelle n'est pas soigneusement adaptée pour établir un équilibre entre les libertés que la *Charte* garantit aux personnes employées à l'agriculture en Ontario et l'intérêt qu'a la société à profiter de relations harmonieuses au sein du marché du travail. S'il faut reconnaître le rôle important que les fermes familiales jouent dans l'agriculture ontarienne, ce rôle n'est pas unique à l'Ontario et les familles tout autant que les fermes ont évolué. Il n'y a aucun lien évident entre l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* et la notion de fermier ou de ferme familiale. Une société commerciale en milieu urbain pourrait fort bien exploiter une entité agricole et profiter de la limitation de la liberté d'association de ses employés agricoles. La législation du travail d'autres provinces contient des exceptions pour l'agriculture plus restreintes que ce que contient la *LRT*. L'objectif d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario peut être atteint au moyen d'une mesure législative qui restreint moins la liberté d'association que l'exclusion totale actuelle des travailleurs agricoles de la *LRT*.

Le juge Major (dissident) : Les appelants n'ont pas réussi à démontrer que les dispositions contestées, par leur objet ou leur effet, entravent des activités protégées par l'al. 2d) de la *Charte*. En particulier, l'al. 2d) n'impose pas en l'espèce d'obligation positive de protection ou d'inclusion à l'État. Les travailleurs agricoles faisaient face à d'importantes difficultés à se syndiquer avant l'adoption de la *LRT* et les appelants n'ont pas réussi à établir que l'État est la cause de l'incapacité des travailleurs agricoles d'exercer une liberté fondamentale.

Agricultural workers are not an analogous group for the purposes of s. 15(1) of the *Charter* and, as a result, the exclusion of agricultural workers from the *LRA* does not violate their equality rights.

Cases Cited

By Bastarache J.

Referred to: *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ferrell v. Ontario (Attorney General)* (1997), 149 D.L.R. (4th) 335; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813; *Calvert-Dale Estates Ltd.*, [1971] O.L.R.B. Rep. Feb. 58; *Spruceleigh Farms*, [1972] O.L.R.B. Rep. Oct. 860; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, application for judicial review dismissed (1988), 66 O.R. (2d) 284, aff'd (1989), 70 O.R. (2d) 179, aff'd [1991] 2 S.C.R. 5; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

Les travailleurs agricoles ne constituent pas un groupe analogue pour les fins du par. 15(1) de la *Charte* et, par conséquent, leur exclusion de la *LRT* ne viole pas leurs droits à l'égalité.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ferrell c. Ontario (Attorney General)* (1997), 149 D.L.R. (4th) 335; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813; *Calvert-Dale Estates Ltd.*, [1971] O.L.R.B. Rep. Feb. 58; *Spruceleigh Farms*, [1972] O.L.R.B. Rep. Oct. 860; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, demande de contrôle judiciaire rejetée (1988), 66 O.R. (2d) 284, conf. par (1989), 70 O.R. (2d) 179, conf. par [1991] 2 R.C.S. 5; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1992] O.L.R.D. No. 1170 (QL); *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, aff'g (1983), 49 A.R. 194; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *McKinley v. BC Tel*, [2001] 3 S.C.R. 161, 2001 SCC 38; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436.

By Major J. (dissenting)

Delisle v. Canada (Deputy Attorney General), [1999] 2 S.C.R. 989; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995.

Statutes and Regulations Cited

Agricultural Labour Relations Act, 1994, S.O. 1994, c. 6 [rep. 1995, c. 1, s. 80], s. 10.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), (b), (d), 15(1), 32.
Collective Bargaining Act, 1943, S.O. 1943, c. 4, s. 24 [rep. & sub. by *Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, c. 29].
Convention (No. 11) concerning the Rights of Association and Combination of Agricultural Workers, 38 U.N.T.S. 153, Art. 1.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés : *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1992] O.L.R.D. No. 1170 (QL); *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, conf. (1983), 49 A.R. 194; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 38; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436.

Citée par le juge Major (dissident)

Delisle c. Canada (Sous-procureur général), [1999] 2 R.C.S. 989; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2(a), (b), (d), 15(1), 32.
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 21.
Collective Bargaining Act, 1943, S.O. 1943, ch. 4, art. 24 [abr. & rempl. *Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, ch. 29].
Convention (n° 11) concernant les droits d'association et de coalition des travailleurs agricoles, 38 R.T.N.U. 153, art. 1.

- Convention (No. 87) concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize*, 67 U.N.T.S. 17, Arts. 2, 9, 10.
- Convention (No. 141) concerning Organisations of Rural Workers and Their Role in Economic and Social Development*, I.L.O. Official Bulletin, vol. LVIII, 1975, Series A, No. 1, p. 28, Art. 2.
- Corporations Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C.40, s. 1(2) "family farm corporation".
- Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14.
- Employment Standards Act Regulations*, R.R.O. 1990, Reg. 325, s. 3(1)(i).
- Fish and Wildlife Conservation Act*, 1997, S.O. 1997, c. 41, s. 1(1) "farmer".
- Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(5)(a).
- Junior Farmer Establishment Act*, R.S.O. 1990, c. J.2, s. 1 "family farm".
- Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 21.
- Labour Code of British Columbia Act*, S.B.C. 1973, c. 122.
- Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, s. 2(b).
- Labour Relations Act, 1950*, S.O. 1950, c. 34, s. 2(b) [am. 1960, c. 54, s. 2(bb)].
- Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, ss. 1(1) "agriculture", 2, 3, 3(b), (e) [am. 1997, c. 4, s. 83], (f) [*idem*, c. 31, s. 151], 5, 13, 70, 72, 76, 86, 87, 88.
- Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, ss. 80, 81(1).
- Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, c. 29, s. 10(a) [rep. & sub. *Labour Relations Act, 1948*, S.O. 1948, c. 51].
- National Labor Relations Act*, July 5, 1935, c. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 to 169).
- Occupational Health and Safety Act*, R.S.O. 1990, c. O.1, s. 3(2).
- Tenant Protection Act, 1997*, S.O. 1997, c. 24, s. 3(b).
- Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 67 R.T.N.U. 19, art. 2, 9, 10.
- Convention (n° 141) concernant les organisations de travailleurs ruraux et leur rôle dans le développement économique et social*, Bulletin officiel du B.I.T., vol. LVIII, 1975, Série A, n° 1, p. 28, art. 2.
- Labour Code of British Columbia Act*, S.B.C. 1973, ch. 122.
- Labour Relations Act, 1950*, S.O. 1950, ch. 34, art. 2b) [mod. 1960, ch. 54, art. 2bb)].
- Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, ch. 29, art. 10a) [abr. & rempl. *Labour Relations Act, 1948*, S.O. 1948, ch. 51].
- Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture*, L.O. 1994, ch. 6 [abr. 1995, ch. 1, art. 80], art. 10.
- Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1, art. 80, 81(1).
- Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, art. 1(1) « agriculture », 2, 3, 3b), e) [mod. 1997, ch. 4, art. 83], f) [*idem*, ch. 31, art. 151], 5, 13, 70, 72, 76, 86, 87, 88.
- Loi de 1997 sur la protection des locataires*, L.O. 1997, ch. 24, art. 3b).
- Loi de 1997 sur la protection du poisson et de la faune*, L.O. 1997, ch. 41, art. 1(1) « exploitant agricole ».
- Loi sur la santé et la sécurité au travail*, L.R.O. 1990, ch. O.1, art. 3(2).
- Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14.
- Loi sur les prêts aux jeunes agriculteurs*, L.R.O. 1990, ch. J.2, art. 1 « exploitation agricole familiale ».
- Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 2b).
- Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 1(5)a).
- Loi sur l'imposition des corporations*, L.R.O. 1990, ch. C.40, art. 1(2) « corporation agricole familiale ».
- National Labor Relations Act*, 5 juillet 1935, ch. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 à 169).
- Règlements en application de la Loi sur les normes d'emploi*, R.R.O. 1990, Règl. 325, art. 3(1)i).

Authors Cited

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated June 2001, release 15).
- Arthurs, H. W., et al. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.
- Beatty, David M. *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code*. Kingston, Ont.: McGill-Queen's University Press, 1987.

Doctrine citée

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book (loose-leaf updated June 2001, release 15).
- Arthurs, H. W., et al. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 1993.
- Beatty, David M. *Putting the Charter to Work : Designing a Constitutional Labour Code*. Kingston, Ont. : McGill-Queen's University Press, 1987.

- Beatty, David, and Steven Kennett. "Striking Back: Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 573.
- Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 43, January 22, 1981, pp. 69-70.
- Canada. Statistics Canada. Industrial Organization and Finance Division. Labour Unions Section. *Annual Report of the Minister of Industry, Science and Technology under the Corporations and Labour Unions Returns Act, Part II, Labour Unions*. Ottawa: Statistics Canada, 1992.
- Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1968.
- Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.
- Harmer, Lily. "The Right to Strike: Charter Implications and Interpretations" (1988), 47 *U.T. Fac. L. Rev.* 420.
- Hodges-Aeberhard, Jane. "The right to organise in Article 2 of Convention No. 87: What is meant by workers 'without distinction whatsoever'?" (1989), 128 *Int'l Lab. Rev.* 177.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).
- Hunter, Ian. "Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law" (1993), 22 *Man. L.J.* 145.
- International Labour Office. Committee on Freedom of Association. Report 308. *Case No. 1900 (Canada/Ontario): Report in which the Committee requests to be kept informed of developments*, I.L.O. *Official Bulletin*, vol. LXXX, 1997, Series B, No. 3.
- International Labour Office. Freedom of Association Committee. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 4th ed. Geneva: International Labour Office, 1996.
- International Labour Office. *Voices for Freedom of Association*, Labour Education 1998/3, No. 112. Geneva: International Labour Office, 1998.
- Labour Law Casebook Group. *Labour and Employment Law: Cases, Materials and Commentary*, 6th ed. Kingston, Ont.: Industrial Relations Centre, Queen's University, 1998.
- Morris, Charles J., ed. *The Developing Labor Law*. Washington: Bureau of National Affairs, 1971.
- Neilson, Kathryn, and Innis Christie. "The Agricultural Labourer in Canada: A Legal Point of View" (1975), 2 *Dal. L.J.* 330.
- Beatty, David, and Steven Kennett. « Striking Back : Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies » (1988), 67 *R. du B. can.* 573.
- Bureau international du Travail. Comité de la liberté syndicale. Rapport n° 308. *Cas n° 1900 (Canada) : Rapport où le comité demande à être tenu informé de l'évolution de la situation*, *Bulletin Officiel du B.I.T.*, vol. LXXX, 1997, Série B, n° 3.
- Bureau international du Travail. *Des voix pour la liberté syndicale*, Éducation ouvrière 1998/3, n° 112. Genève : Bureau international du Travail, 1998.
- Bureau international du Travail. *La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, 4^e éd. Genève : Bureau international du Travail, 1996.
- Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail*. Ottawa : Bureau du Conseil privé, 1968.
- Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Fascicule n° 43, le 22 janvier 1981, p. 69-70.
- Canada. Statistique Canada. Division de l'organisation et finances de l'industrie. Section des syndicats ouvriers. *Rapport annuel du ministre de l'Industrie, des Sciences et de la Technologie présenté sous l'empire de la Loi sur les déclarations des personnes morales et des syndicats, Partie II, Syndicats ouvriers*. Ottawa : Statistique Canada, 1992.
- Gibson, Dale. *The Law of the Charter : Equality Rights*. Toronto : Carswell, 1990.
- Harmer, Lily. « The Right to Strike : Charter Implications and Interpretations » (1988), 47 *U.T. Fac. L. Rev.* 420.
- Hodges-Aeberhard, Jane. « Le droit syndical selon l'article 2 de la convention n° 87 : Que signifie l'expression "tous les travailleurs sans distinction d'aucune sorte" ? » (1989), 128 *Rev. int. trav.* 197.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).
- Hunter, Ian. « Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law » (1993), 22 *R.D. Man.* 145.
- Labour Law Casebook Group. *Labour and Employment Law : Cases, Materials and Commentary*, 6th ed. Kingston, Ont. : Industrial Relations Centre, Queen's University, 1998.
- Morris, Charles J., ed. *The Developing Labor Law*. Washington : Bureau of National Affairs, 1971.

- Ontario Government Media Kit for Bill 7 (*An Act to Restore Balance and Stability to Labour Relations and to Promote Economic Prosperity*). Questions and Answers: Repeal of the *Agricultural Labour Relations Act* (Bill 91). Toronto: Queen's Park, 1995.
- Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, 1st Sess., 36th Parl., October 4, 1995, pp. 99-100.
- Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Report to the Minister of Labour*, June 1992.
- Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Second Report to the Minister of Labour*, November 1992.
- Pothier, Dianne. "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences" (2001), 13 *C.J.W.L.* 37.
- Sugeno, Kazuo. "Unions as social institutions in democratic market economies" (1994), 133 *Int'l Lab. Rev.* 511.
- Swepston, Lee. "Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision" (1998), 137 *Int'l Lab. Rev.* 169.
- Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.
- White, James. *A Profile of Ontario Farm Labour*. Brampton, Ont.: James White & Associates, 1997.
- Neilson, Kathryn, and Innis Christie. « The Agricultural Labourer in Canada : A Legal Point of View » (1975), 2 *Dal. L.J.* 330.
- Ontario Government Media Kit for Bill 7 (*An Act to Restore Balance and Stability to Labour Relations and to Promote Economic Prosperity*). Questions and Answers: Repeal of the *Agricultural Labour Relations Act* (Bill 91). Toronto : Queen's Park, 1995.
- Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, 1^{re} sess., 36^e lég., 4 octobre 1995, p. 99-100.
- Ontario. Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole. *Rapport présenté au ministère du Travail*, juin 1992.
- Ontario. Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole. *Second Report to the Minister of Labour*, November 1992.
- Pothier, Dianne. « Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37.
- Sugeno, Kazuo. « Les syndicats, institutions sociales dans les pays démocratiques à économie de marché » (1994), 133 *Rev. int. trav.* 561.
- Swepston, Lee. « Droits de l'homme et liberté syndicale : évolution sous le contrôle de l'OIT » (1998), 137 *Rev. int. trav.* 187.
- Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto : Carswell, 1980.
- White, James. *A Profile of Ontario Farm Labour*. Brampton, Ont. : James White & Associates, 1997.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 182 D.L.R. (4th) 471, 49 C.C.E.L. (2d) 29, [1999] O.J. No. 1104 (QL), upholding the decision of the Ontario Court (General Division) (1997), 155 D.L.R. (4th) 193, 37 O.R. (3d) 287, 49 C.C.E.L. (2d) 5, [1997] O.J. No. 4947 (QL). Appeal allowed, Major J. dissenting.

Chris G. Paliare and Martin J. Doane, for the appellants.

Richard J. K. Stewart, for the respondent the Attorney General for Ontario.

Alan L. W. D'Silva, Darrell L. Kloeze and Vincent C. Kazmierski, for the respondent Fleming Chicks.

Written submissions only by *Renée Madore and Monique Rousseau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 182 D.L.R. (4th) 471, 49 C.C.E.L. (2d) 29, [1999] O.J. No. 1104 (QL), confirmant une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1997), 155 D.L.R. (4th) 193, 37 O.R. (3d) 287, 49 C.C.E.L. (2d) 5, [1997] O.J. No. 4947 (QL). Pourvoi accueilli, le juge Major est dissident.

Chris G. Paliare et Martin J. Doane, pour les appelants.

Richard J. K. Stewart, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

Alan L. W. D'Silva, Darrell L. Kloeze et Vincent C. Kazmierski, pour l'intimée Fleming Chicks.

Argumentation écrite seulement par *Renée Madore et Monique Rousseau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Rod Wiltshire, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Steven Barrett, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Written submissions only by *John C. Murray* and *Jonathan L. Dye*, for the intervener the Labour Issues Coordinating Committee.

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

BASTARACHE J. —

I. Introduction

This appeal concerns the exclusion of agricultural workers from Ontario's statutory labour relations regime. The appellants, individual farm workers and union organizers, challenge the exclusion as a violation of their freedom of association and equality rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In particular, they argue that the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1 ("LRESLAA"), combined with s. 3(b) of the *Ontario Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A ("LRA"), prevents them from establishing, joining and participating in the lawful activities of a trade union. In addition, they claim that the LRESLAA and the LRA violate their equality rights under s. 15(1) of the *Charter* by denying them a statutory protection enjoyed by most occupational groups in Ontario.

This is the first time this Court has been asked to review the total exclusion of an occupational group from a statutory labour relations regime, where that group is not employed by the government and has demonstrated no independent ability to organize. For this reason, this appeal raises novel issues of state responsibility under s. 2(d) of the *Charter*, notwithstanding its apparent similarity to recent labour relations jurisprudence. After considering these issues, I conclude that the total exclusion of agricultural workers from the LRA

Rod Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Steven Barrett, pour l'intervenant le Canadian Labour Congress.

Argumentation écrite seulement par *John C. Murray* et *Jonathan L. Dye*, pour l'intervenant le Labour Issues Coordinating Committee.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Ce pourvoi porte sur l'exclusion des travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario. Les appelants, travailleurs agricoles individuels et organisateurs syndicaux, contestent l'exclusion comme violation de leur liberté d'association et de leurs droits à l'égalité en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus particulièrement, ils font valoir que la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1 (« LMLRTE »), de pair avec l'al. 3b) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A (« LRT »), les empêche de former un syndicat, d'adhérer à un syndicat et de participer à des activités syndicales licites. Ils soutiennent en outre que la LMLRTE et la LRT violent leurs droits à l'égalité suivant le par. 15(1) de la *Charte* en les privant de la protection légale accordée à la plupart des groupes professionnels en Ontario.

Notre Cour est appelée pour la première fois à se prononcer sur l'exclusion totale d'un régime légal de relations de travail frappant un groupe professionnel dont les membres ne sont pas des employés de l'État et n'ont manifesté aucune capacité de s'organiser indépendamment. C'est pourquoi le présent pourvoi soulève des questions nouvelles concernant la responsabilité de l'État en vertu de l'al. 2d) de la *Charte*, malgré sa ressemblance apparente avec des arrêts récents en matière de relations de travail. Après examen de ces questions, je conclus

1

2

violates s. 2(d) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1. Accordingly, I conclude that, at a minimum, whatever protections are necessary to establish and maintain employee associations should be extended to persons employed in agriculture in Ontario. I am also of the view that it is not necessary to consider the status of agricultural workers under s. 15(1) of the *Charter*; assuming without deciding the existence of a s. 15(1) violation, such a violation would not alter the remedy I propose.

II. Factual Background

3

Although agricultural workers have been excluded from Ontario's labour relations regime since 1943, the impetus for this appeal was the passage of the *LRESLAA*. The *LRESLAA* was enacted pursuant to an initiative of Ontario's Progressive Conservative government in 1995; it repealed the only statute ever to extend trade union and collective bargaining rights to Ontario's agricultural workers. That short-lived statute, the *Agricultural Labour Relations Act, 1994*, S.O. 1994, c. 6 ("ALRA"), was enacted pursuant to an initiative of the New Democratic Party government in 1994 following the recommendations in the *Report of the Task Force on Agricultural Labour Relations: Report to the Minister of Labour* (June 1992). The ALRA lasted from June 23, 1994 to November 10, 1995, during which time the United Food and Commercial Workers Union ("UFCW") was certified as the bargaining agent for approximately 200 workers at the Highline Produce Limited mushroom factory in Leamington, Ontario. The UFCW also filed two other certification applications during the period of the ALRA, one for the workers at the Kingsville Mushroom Farm Inc., and the other for the workers at the respondent Fleming Chicks. These certification activities came to an end when, with the passage of the *LRESLAA* in 1995, the ALRA was repealed in its entirety. In addition to terminating any agreements certified under the ALRA, the *LRESLAA* terminated any certification rights of trade unions and prohibited employers from punishing workers for any union activity con-

que l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* porte atteinte à l'al. 2d) de la *Charte* et qu'elle ne peut se justifier au regard de l'article premier. Par conséquent, je conclus que, au minimum, les protections nécessaires à la formation et au maintien d'associations d'employés devraient être offertes aux personnes employées dans l'agriculture en Ontario. J'estime aussi qu'il n'est pas nécessaire d'étudier le statut des travailleurs agricoles en fonction du par. 15(1) de la *Charte*; à supposer, sans trancher la question, qu'il y ait atteinte au par. 15(1), cette atteinte ne modifierait pas la réparation que je propose.

II. Les faits

Bien que les travailleurs agricoles soient exclus du régime légal des relations de travail de l'Ontario depuis 1943, c'est l'adoption de la *LMLRTE* qui est à l'origine du pourvoi. La *LMLRTE* est adoptée en 1995 à l'initiative du gouvernement progressiste-conservateur de l'Ontario; elle abroge la seule loi qui ait jamais fait bénéficier les travailleurs agricoles ontariens du droit de se syndiquer et de négocier collectivement. Cette loi de courte durée, la *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture*, L.O. 1994, ch. 6 (« *LRTA* »), avait été adoptée à l'initiative du gouvernement néo-démocrate en 1994 conformément aux recommandations du *Rapport du Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole : Rapport présenté au ministère du Travail* (juin 1992). La *LRTA* est en vigueur du 23 juin 1994 au 10 novembre 1995 et, pendant cette période, l'Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce (« *TUAC* ») est accréditée à titre d'agent négociateur d'environ 200 personnes travaillant à la champignonnière Highline Produce Limited, à Leamington (Ontario). Pendant la même période, le syndicat fait deux autres demandes d'accréditation, l'une visant les travailleurs de Kingsville Mushroom Farm Inc., et l'autre les travailleurs de l'intimée Fleming Chicks. Les procédures d'accréditation prennent fin lorsque, en 1995, la *LMLRTE* abroge la *LRTA* dans sa totalité. En plus de mettre fin aux conventions signées sous le régime de la *LRTA*, la *LMLRTE* révoque tous les

ducted under the *ALRA*. The appellants brought an application within one week of the repeal of the *ALRA*, arguing that it infringed their rights under ss. 2(d) and 15(1) of the *Charter*.

As indicated by the legislative record, the *LRESLAA* represents a small piece of the factual context surrounding this litigation. For over 50 years prior to the *ALRA*, and ever since its repeal, the Ontario government has excluded agricultural workers from its statutory labour relations regime. The first statute to effect this exclusion was the *Collective Bargaining Act, 1943*, S.O. 1943, c. 4, which was modelled on the American *National Labor Relations Act* (“*Wagner Act*”), July 5, 1935, c. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 to 169). Section 24 of the *Collective Bargaining Act, 1943* contained a list of excluded classes, including “domestic servants”, “members of any police force”, certain other public employees, and “the industry of farming”. The most recent embodiment of Ontario’s labour relations policy, the *LRA*, excludes agricultural workers in the following terms:

3. This Act does not apply,

. . .

(b) to a person employed in agriculture, hunting or trapping;

The net effect of the *LRESLAA* was to re-subject agricultural workers to this exclusion clause. Thus, in addition to challenging the constitutionality of the *LRESLAA*, the appellants challenge the constitutionality of s. 3(b) of the *LRA*.

The various enactments dealing with agricultural workers’ right to unionize, the *Wagner Act*, the *LRA*, the *ALRA* and the *LRESLAA*, reflect highly divergent approaches to economic and labour policy. As noted by Sharpe J. (as he then was) in the Ontario Court (General Division), the current government in Ontario has “a very different perspective from that of its predecessor on appropriate

droits des syndicats liés à l’accréditation et interdit aux employeurs de pénaliser les travailleurs qui ont exercé des activités syndicales sous le régime de la *LRTA*. Moins d’une semaine après l’abrogation de la *LRTA*, les appelants forment une demande dans laquelle ils font valoir l’atteinte à leurs droits en vertu de l’al. 2d) et du par. 15(1) de la *Charte*.

L’historique législatif indique que la *LMLRTE* représente un élément mineur du contexte factuel en l’espèce. Pendant plus de 50 ans avant la *LRTA*, et depuis son abrogation, le gouvernement de l’Ontario a exclu les travailleurs agricoles de son régime légal des relations de travail. La première loi à les exclure est la *Collective Bargaining Act, 1943*, S.O. 1943, ch. 4, qui s’inspire d’une loi américaine, la *National Labor Relations Act* (« *Loi Wagner* »), 5 juillet 1935, ch. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151-169). L’article 24 de la *Collective Bargaining Act, 1943* énumérait les catégories exclues, dont les domestiques, les policiers, certains autres salariés du secteur public et les activités agricoles. L’expression la plus récente du régime des relations de travail en Ontario, la *LRT*, exclut les travailleurs agricoles de la manière suivante :

3. La présente loi ne s’applique pas, selon le cas :

. . .

b) à la personne qui est employée à l’agriculture, à la chasse ou au piégeage;

L’effet net de la *LMLRTE* est d’assujettir de nouveau les travailleurs agricoles à cette clause d’exclusion. Ainsi, les appelants contestent la constitutionnalité non seulement de la *LMLRTE*, mais aussi de l’al. 3b) de la *LRT*.

Les divers textes législatifs traitant du droit des travailleurs agricoles de se syndiquer, la *Loi Wagner*, la *LRT*, la *LRTA* et la *LMLRTE*, reflètent des philosophies très divergentes sur le plan de l’économie et des relations de travail. Comme le signale le juge Sharpe (maintenant juge à la Cour d’appel), en première instance, le gouvernement actuel de l’Ontario [TRADUCTION] « a un point de

economic and labour policy” and, indeed, rejects any attempt to include agricultural workers in its labour relations regime ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, at p. 199). Moreover, the affidavit evidence in this case “presents in stark contrast two conflicting views of an appropriate labour relations regime for agricultural workers in Ontario”, one denying the existence of any “industrial relations rationale” for the current exclusion, and the other maintaining that the collective bargaining model of the *ALRA* or the *LRA* would unduly threaten the province’s farm economy (pp. 201-2). This latter view is evidently shared by the Legislature of Alberta, which is the only other Canadian province to exclude agricultural workers from its labour relations regime. What is central to this appeal, however, is the constitutional effect of excluding agricultural workers from the *LRA* from the perspective of their freedom to associate. Given my conclusion that this exclusion violates s. 2(d) of the *Charter*, the above evidence will provide an important foundation for the s. 1 analysis.

III. Relevant Statutory Provisions

6

Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995, S.O. 1995, c. 1

1. (1) The *Labour Relations Act, 1995*, as set out in Schedule A, is hereby enacted.

80. (1) The *Agricultural Labour Relations Act, 1994* is repealed.

(2) On the day on which this section comes into force, a collective agreement ceases to apply to a person to whom that Act applied.

(3) On the day on which this section comes into force, a trade union certified under that Act or voluntarily recognized as the bargaining agent for employees to whom that Act applies ceases to be their bargaining agent.

(4) On the day on which this section comes into force, any proceeding commenced under that Act is terminated.

vue très différent de son prédécesseur en matière de politique économique et de relations de travail » et, en fait, écarte toute possibilité d’inclure les travailleurs agricoles dans son régime de relations de travail ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, p. 199). En outre, la preuve par affidavits fait ressortir [TRADUCTION] « deux points de vue diamétralement opposés sur le régime de relations de travail approprié pour le secteur agricole en Ontario », l’un niant l’existence d’une justification quelconque de l’exclusion sur le plan des relations de travail, l’autre affirmant que le modèle de négociation collective prévue dans la *LRTA* ou la *LRT* mettrait en danger l’économie agricole de la province (p. 201-202). Ce dernier point de vue est manifestement partagé par la législature de l’Alberta, la seule autre province à exclure les travailleurs agricoles de son régime de relations de travail. Cependant l’essentiel du pourvoi concerne les effets constitutionnels de l’exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* sous l’angle de la liberté d’association. Puisque je conclus que l’exclusion porte atteinte à l’al. 2d) de la *Charte*, la preuve susmentionnée sera un élément important de l’analyse selon l’article premier.

III. Les dispositions législatives

Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l’emploi, L.O. 1995, ch. 1 :

1. (1) Par le présent paragraphe, la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, telle qu’elle est énoncée à l’annexe A, est adoptée.

80. (1) La *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l’agriculture* est abrogée.

(2) Le jour de l’entrée en vigueur du présent article, une convention collective cesse de s’appliquer aux personnes auxquelles s’appliquait cette loi.

(3) Le jour de l’entrée en vigueur du présent article, le syndicat accrédité aux termes de cette loi ou volontairement reconnu comme agent négociateur d’employés auxquels s’applique celle-ci cesse d’être leur agent négociateur.

(4) Le jour de l’entrée en vigueur du présent article, toute instance introduite en vertu de cette loi prend fin.

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A

3. This Act does not apply,

. . . .

(b) to a person employed in agriculture, hunting or trapping;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . . .

(d) freedom of association.

IV. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division) (1997)*, 155 D.L.R. (4th) 193

The issues before the Ontario Court (General Division) in this case were essentially the same as those before this Court, namely, whether the exclusion of agricultural workers from Ontario's statutory labour relations scheme infringes s. 2(d) and/or s. 15(1) of the *Charter* and, if so, whether the infringements are justifiable under s. 1. It might be noted that Sharpe J. released his decision prior to this Court's decisions in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, and other cases that provide important authority for this appeal.

Sharpe J. began with the appellants' s. 2(d) claim, observing that the right of workers to form a trade union is protected by s. 2(d), while the right to collective bargaining is not. The balance of Sharpe J.'s s. 2(d) analysis was thus devoted to whether the impugned provisions infringed, either in purpose or effect, the former right. With respect to purpose, Sharpe J. held that while the purpose of the legislation was undoubtedly to deny agricultural workers the right to bargain collectively, "it is difficult . . . to discern a governmental purpose to deny agricultural workers the right to form an association" (pp. 205-6). He then considered the

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, annexe A :

3. La présente loi ne s'applique pas, selon le cas :

. . . .

b) à la personne qui est employée à l'agriculture, à la chasse ou au piégeage;

Charte canadienne des droits et libertés :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . . .

d) liberté d'association.

IV. Les jugements antérieurs

A. *Cour de l'Ontario (Division générale) (1997)*, 155 D.L.R. (4th) 193

La Cour de l'Ontario (Division générale) était saisie essentiellement des mêmes questions que notre Cour : l'exclusion des travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario porte-t-elle atteinte à l'al. 2d) ou au par. 15(1) de la *Charte* et, dans l'affirmative, ces atteintes peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier? Il faut préciser que le juge Sharpe a statué avant l'arrêt *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, et d'autres arrêts de notre Cour qui sont largement applicables en l'espèce.

Le juge Sharpe traite d'abord de l'argument fondé sur l'al. 2d) et fait observer que le droit des travailleurs de créer un syndicat est garanti par cet alinéa, mais que leur droit de négociation collective ne l'est pas. Le reste de son analyse relative à l'al. 2d) consiste donc à se demander si les dispositions contestées portent atteinte, par leur objet ou leur effet, au droit de se syndiquer. Pour ce qui est de l'objet, le juge Sharpe conclut que, même si la loi visait sans aucun doute à priver les travailleurs agricoles du droit de négocier collectivement, [TRADUCTION] « il est difficile [. . .] de discerner un objectif gouvernemental de refuser aux

effect of the legislation on s. 2(d) rights, holding that to the extent agricultural workers are deprived of the ability to form trade unions, such deprivation is due to the private actions of their employers rather than the legislative regime itself. The former actions being unreviewable by virtue of this Court's decision in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, Sharpe J. dismissed the s. 2(d) claim. In response to the appellants' claim that the *LRESLAA* constituted independently reviewable state action, Sharpe J. held that reviewing the *LRESLAA* would essentially constitutionalize the statute it repealed, namely, the *ALRA*. This would create "a broad class of statutes that would enjoy the status of a constitutional guarantee as they would be immune from repeal" (p. 208), an outcome rejected by the Ontario Court (General Division) in *Ferrell v. Ontario (Attorney General)* (1997), 149 D.L.R. (4th) 335.

travailleurs agricoles le droit de s'associer » (p. 205-206). Il examine ensuite l'incidence de la loi sur les droits garantis à l'al. 2d) et conclut que si les travailleurs agricoles sont privés de la possibilité de créer des syndicats, cela est imputable aux actes privés de leurs employeurs, et non à la législation comme telle. Comme ces actes échappent au contrôle judiciaire, selon l'arrêt de notre Cour *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge Sharpe rejette la demande fondée sur l'al. 2d). En réponse à l'argument des appelants selon lequel la *LMLRTE* est un acte de l'État susceptible de contrôle judiciaire en soi, le juge Sharpe conclut que soumettre la *LMLRTE* au contrôle judiciaire aurait essentiellement pour effet de constitutionnaliser la loi qu'elle abrogeait, savoir la *LRTA*. Il en résulterait [TRADUCTION] « une vaste catégorie de lois bénéficiant du statut de garantie constitutionnelle du fait qu'elles seraient à l'abri de l'abrogation » (p. 208), un résultat que la Cour de l'Ontario (Division générale) a rejeté dans *Ferrell c. Ontario (Attorney General)* (1997), 149 D.L.R. (4th) 335.

9

Sharpe J. then turned to the s. 15(1) claim, which he felt was a more appropriate forum for addressing questions of positive state obligation under the *Charter*. With respect to the first prong of the s. 15(1) analysis, Sharpe J. held that agricultural workers had indeed been denied a legal benefit or protection enjoyed by most other workers, namely, the right to engage in statutory collective bargaining. However, Sharpe J. declined to recognize agricultural workers as an analogous group for the purpose of establishing discrimination under s. 15(1). In his view, the analogous grounds concept was rooted in the denial of human dignity and as such required the appellants to identify a "personal trait or characteristic" on which their differential treatment was based. It would not be sufficient, he held, to identify "occupational status" as such a characteristic, nor to combine occupational status with economic disadvantage. Thus, Sharpe J. rejected the s. 15(1) claim and with it the appellants' constitutional challenge.

Le juge Sharpe considère ensuite l'argument fondé sur le par. 15(1) qui, selon lui, se prête mieux à la détermination des obligations positives de l'État découlant de la *Charte*. Sur le premier volet de l'analyse selon le par. 15(1), le juge Sharpe conclut que les travailleurs agricoles ont effectivement été privés d'un avantage ou protection juridique accordé à la plupart des autres travailleurs, soit le droit à un régime légal de négociation collective. Toutefois, il refuse de reconnaître que les travailleurs agricoles constituent un groupe analogue aux fins d'établir la discrimination en vertu du par. 15(1). Selon lui, la notion de motifs analogues est liée au non-respect de la dignité humaine, et exige donc des appelants qu'ils identifient « une caractéristique ou trait personnel » donnant lieu à la différence de traitement. Il estime qu'il ne suffit pas d'invoquer le « statut professionnel » à titre de caractéristique, ni de combiner statut professionnel et désavantage économique. Le juge Sharpe rejette donc l'argument des appelants fondé sur le par. 15(1) et, de ce fait, la contestation de constitutionnalité.

B. *Ontario Court of Appeal* (1999), 182 D.L.R. (4th) 471

Krever J.A., concurred in by Doherty and Rosenberg J.J.A., upheld the decision of Sharpe J., holding that “[w]e agree with the judgment of Sharpe J., both with the result at which he arrived and his reasons”.

V. Constitutional Questions

On June 20, 2000, Binnie J. stated the constitutional questions as follows:

1. Does s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, limit the right of agricultural workers
 - (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; or
 - (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?
2. Does s. 3(b) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, limit the right of agricultural workers
 - (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*; or
 - (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?
3. If the answer to any part of questions 1 or 2 is in the affirmative, is the limitation nevertheless justified under s. 1 of the *Charter*?

VI. Analysis

A. *Freedom of Association*

(1) Nature of the Claim

The appellants claim that “[f]irst and foremost, agricultural workers simply wish to unionize”. Although the intervenor Canadian Labour Congress raised the issue of collective bargaining in this appeal, the appellants directed this Court’s

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (1999), 182 D.L.R. (4th) 471

Le juge Krever, avec l’appui des juges Doherty et Rosenberg, confirme la décision du juge Sharpe : [TRADUCTION] « [n]ous sommes d’accord avec le jugement du juge Sharpe, tant ses motifs que le dispositif ».

V. Les questions constitutionnelles

Le 20 juin 2000, le juge Binnie énonce les questions constitutionnelles :

1. L’article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l’emploi*, L.O. 1995, ch. 1, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles
 - a) à la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou
 - b) à l’égalité devant la loi et dans l’application de la loi ainsi qu’au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l’art. 15 de la *Charte*?
2. L’alinéa 3b) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles
 - a) à la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte*, ou
 - b) à l’égalité devant la loi et dans l’application de la loi ainsi qu’au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l’art. 15 de la *Charte*?
3. Si la réponse à l’un ou l’autre des volets de la première ou deuxième question est affirmative, la limite est-elle néanmoins justifiée au sens de l’article premier de la *Charte*?

VI. Analyse

A. *La liberté d’association*

(1) Nature de la revendication

Les appelants font valoir que, [TRADUCTION] « [s]urtout et avant tout, les travailleurs agricoles veulent simplement se syndiquer ». Même si l’intervenant le Congrès du travail du Canada soulève la question de la négociation collective

10

11

12

attention to broader issues, describing a range of union activities not related to collective bargaining. These activities, which ultimately relate to workers' "empowerment and participation in both the workplace and society at large", include promoting workplace democracy, protecting employees from abuses of managerial power, pooling resources, and expressing the views of workers "cogently and forcefully". The appellants also described several social and political functions of trade unions, such as giving workers access to courts, bringing constitutional challenges on behalf of workers and engaging in political education and action. In my view, these functions make it clear that the appellants direct their attack not at legislation restricting collective bargaining *per se*, but at legislation restricting the "wider ambit of union purposes and activities".

dans le cadre du pourvoi, les appelants invitent notre Cour à considérer des questions plus larges, invoquant des activités syndicales étrangères à la négociation collective. Ces activités, qui ont trait en fin de compte [TRADUCTION] « à la responsabilisation et à la participation des travailleurs dans le milieu de travail et dans la société en général », comprennent la promotion de la démocratie au travail, la protection des employés contre les abus de la direction, la mise en commun des ressources et la défense « vigoureuse et énergique » du point de vue des travailleurs. Les appelants décrivent par ailleurs diverses fonctions sociales et politiques des syndicats, comme l'accès des travailleurs à la justice, les contestations de constitutionnalité en leur nom, ainsi que l'éducation et l'action politiques. À mon sens, ces fonctions indiquent clairement que les appelants dirigent leur contestation non pas contre les dispositions restreignant leur droit de négocier collectivement comme tel, mais les dispositions restreignant [TRADUCTION] « les fins et les activités plus générales d'un syndicat ».

13

In order to establish a violation of s. 2(d), the appellants must demonstrate, first, that such activities fall within the range of activities protected by s. 2(d) of the *Charter*, and second, that the impugned legislation has, either in purpose or effect, interfered with these activities (see, in the s. 2(a) context, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 331-36, and in the s. 2(b) context, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 971). On the first point, I shall review the existing framework of the s. 2(d) protection established by this Court in the 1987 "labour trilogy" and subsequent cases. This discussion will include a purposive analysis of s. 2(d), one which aims to protect the full range of associational activity contemplated by the *Charter* and to honour Canada's obligations under international human rights law. After reviewing the content of freedom of association, I shall examine the contours of state responsibility under s. 2(d) of the *Charter*. In particular, I shall ask whether s. 2(d) obligates the state simply to respect trade union freedoms, or additionally to protect trade union freedoms by prohibiting their infringement by

Pour établir l'atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*, les appelants doivent prouver premièrement que les activités considérées font partie de celles qu'il protège et, deuxièmement, que les dispositions contestées, par leur objet ou leur effet, compromettent ces activités (voir, dans le contexte de l'al. 2a), *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331-336 et, dans le contexte de l'al. 2b), *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 971). Sur le premier point, j'examinerai les paramètres actuels de la protection de l'al. 2d) que notre Cour a dégagés dans la « trilogie des relations de travail » de 1987 et dans des arrêts postérieurs. Mon examen comprend une analyse téléologique de l'al. 2d), une analyse orientée vers la protection de toute la gamme d'activités associatives visées par la *Charte* et le respect des obligations du Canada dans le cadre du droit international des droits de la personne. Après l'examen du contenu de la liberté d'association, je délimiterai la responsabilité de l'État découlant de l'al. 2d) de la *Charte*. Plus précisément, j'examinerai s'il oblige seulement l'État à respecter les libertés syndicales ou s'il l'oblige aussi à les

private actors. Following my discussion of the scope of s. 2(d), I shall examine the purpose and effects of the impugned legislation.

(2) Scope of Section 2(d)

(a) *General Framework*

The scope of s. 2(d) was first decided by this Court in a landmark trilogy of labour cases, all of which concerned the right to strike (see *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (“*Alberta Reference*”); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460). In the *Alberta Reference*, McIntyre J. (writing for himself) stressed the double-edged nature of freedom of association, holding that “while [freedom of association] advances many group interests and, of course, cannot be exercised alone, it is nonetheless a freedom belonging to the individual and not to the group formed through its exercise” (p. 397). On the basis of this principle, McIntyre J. confined s. 2(d) to three elements: (1) the freedom to join with others in lawful, common pursuits and to establish and maintain organizations and associations (with which all six justices agreed), (2) the freedom to engage collectively in those activities which are constitutionally protected for each individual (with which three of six justices agreed) and (3) the freedom to pursue with others whatever action an individual can lawfully pursue as an individual (with which three of six justices agreed). These three elements of freedom of association are summarized, along with a crucial fourth principle, in the oft-quoted words of Sopinka J. in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 (“*PIPSC*”), at pp. 401-2:

Upon considering the various judgments in the *Alberta Reference*, I have come to the view that four separate propositions concerning the coverage of the s. 2(d) guarantee of freedom of association emerge from the case: first, that s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; second, that s. 2(d) does not protect an activity solely on the ground

protéger en interdisant les actes attentatoires de personnes privées. Après avoir analysé la portée de l’al. 2d), j’examinerai l’objet et les effets de la législation contestée.

(2) La portée de l’al. 2d)

a) *Cadre général*

Les premières décisions de notre Cour sur la portée de l’al. 2d) forment une « trilogie » d’arrêts sur les relations de travail traitant tous du droit de grève (voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (« *Renvoi relatif à l’Alberta* »); *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460). Dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, le juge McIntyre (en son nom seul) souligne que la liberté d’association est une liberté à double tranchant et que, « bien qu’elle assure la promotion de nombreux intérêts collectifs et, naturellement, qu’elle ne puisse être exercée seule, il s’agit néanmoins d’une liberté qui appartient à l’individu et non aux groupes formés grâce à son exercice » (p. 397). Suivant ce principe, le juge McIntyre limite l’al. 2d) à trois composantes : (1) le droit de se joindre à d’autres pour poursuivre des objectifs communs licites et pour constituer et maintenir des organisations et des associations (à l’unanimité des six juges); (2) la liberté d’exercer collectivement les activités dont la Constitution garantit l’exercice individuel (avec l’accord de trois des six juges); et (3) la liberté d’accomplir avec d’autres toute action qu’un individu peut licitement accomplir à titre individuel (avec l’accord de trois des six juges). Ces trois composantes de la liberté d’association, ainsi qu’un quatrième principe crucial, sont résumés par le juge Sopinka dans cet extrait souvent cité de *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« *IPFPC* »), p. 401-402 :

Après avoir examiné les différents motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, j’arrive à la conclusion qu’il se dégage quatre propositions différentes quant à l’étendue de la liberté d’association garantie par l’al. 2d) : premièrement, l’al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d’y appartenir; deuxièmement, l’al. 2d) ne protège pas une activité pour

that the activity is a foundational or essential purpose of an association; third, that s. 2(d) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and fourth, that s. 2(d) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals. [Emphasis added.]

The third and fourth of these principles have received considerably less judicial support than the others, having only been explicitly affirmed by three of six judges in the *Alberta Reference* and two of seven judges in *PIPSC*. Moreover, these elements of s. 2(d) provided little assistance to this Court in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157 (“*Egg Marketing*”), which involved an activity that could not conceivably be performed by an individual. Most recently, in *Delisle, supra*, this Court did not have to rule on the validity of the existing framework because all of the activities involved fell within it. In that case, this Court clarified that s. 2(d) does not guarantee access to a particular labour relations regime where the claimants are able to exercise their s. 2(d) rights independently.

le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d’une association; troisièmement, l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; et quatrièmement, l’al. 2d) protège l’exercice collectif des droits légitimes des individus. [Je souligne.]

Le troisième et le quatrième de ces principes ont remporté un appui moindre de la part des juges que les deux autres, n’étant confirmés expressément que par trois des six juges dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* et deux des sept juges dans *IPFPC*. En outre, ces composantes de l’al. 2d) n’ont pas été d’une grande utilité à notre Cour dans *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157 (« *OCCO* »), où il était clair que l’activité en cause ne pouvait pas être accomplie par une seule personne. Plus récemment, dans *Delisle*, précité, notre Cour n’a pas eu à statuer sur la validité du cadre existant puisque toutes les activités visées s’y inséraient. Notre Cour a précisé dans cet arrêt que l’al. 2d) ne garantit pas l’accès à un régime particulier de relations de travail lorsque les demandeurs peuvent exercer de manière indépendante les droits que leur confère l’al. 2d).

15

In addition to the four-part formulation in *PIPSC, supra*, an enduring source of insight into the content of s. 2(d) is the purpose of the provision. This purpose was first articulated in the labour trilogy and has accordingly been used to define both the “positive” freedom to associate as well as the “negative” freedom not to (see *Alberta Reference, supra; Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 318; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70). In defining this purpose, McIntyre J. stressed, in *Alberta Reference, supra*, at p. 395, the unique power of associations to accomplish the goals of individuals:

While freedom of association like most other fundamental rights has no single purpose or value, at its core rests a rather simple proposition: the attainment of individual goals, through the exercise of individual rights, is generally impossible without the aid and cooperation of others. “Man, as Aristotle observed, is a ‘social animal, formed by nature for living with others’, associating with his fellows both to satisfy his desire for social intercourse and to realize common purposes.” (L. J. MacFarlane,

En plus de la formulation en quatre points dans *IPFPC*, l’objet de la disposition demeure un bon moyen de circonscrire la teneur de l’al. 2d). Cet objet est énoncé pour la première fois dans la trilogie du droit du travail et a donc servi à définir tant la liberté « positive » de s’associer que la liberté « négative » de ne pas le faire (voir le *Renvoi relatif à l’Alberta*, précité; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 318; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70). Pour définir cet objet, le juge McIntyre met l’accent, dans le renvoi, sur le pouvoir propre aux associations de réaliser les objectifs des individus (à la p. 395) :

Bien que, à l’instar de la plupart des autres droits fondamentaux, la liberté d’association n’ait pas un objet ou une valeur unique, elle repose essentiellement sur une proposition assez simple : pour l’individu, la réalisation de certains objectifs par l’exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l’aide et la coopération d’autrui. [TRADUCTION] « L’homme, comme l’a fait observer Aristote, est un “animal social façonné par la nature pour vivre en groupe” », qui s’associe à ses

The Theory and Practice of Human Rights (1985), p. 82.)

This conception of freedom of association, which was supported by Dickson C.J. in his dissenting judgment (at pp. 334 and 365-66), has been repeatedly endorsed by this Court since the *Alberta Reference* (see *PIPSC*, *supra*, per Sopinka J., at pp. 401-2, per Cory J. (dissenting), at p. 379; *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235, per Dickson C.J., at p. 1243; *Lavigne*, *supra*, per La Forest J., at p. 317, per Wilson J., at p. 251; per McLachlin J. (as she then was), at p. 343). In *Lavigne*, Wilson J. (writing for three of seven judges on this point) conducted an extensive review of this Court's s. 2(d) jurisprudence, concluding that "this Court has been unanimous in finding on more than one occasion and in a variety of contexts that the purpose which s. 2(d) is meant to advance is the collective action of individuals in pursuit of their common goals" (p. 253). Wilson J. added that the Court has remained steadfast in this position despite numerous disagreements about the application of s. 2(d) to particular practices.

As these dicta illustrate, the purpose of s. 2(d) commands a single inquiry: has the state precluded activity because of its associational nature, thereby discouraging the collective pursuit of common goals? In my view, while the four-part test for freedom of association sheds light on this concept, it does not capture the full range of activities protected by s. 2(d). In particular, there will be occasions where a given activity does not fall within the third and fourth rules set forth by Sopinka J. in *PIPSC*, *supra*, but where the state has nevertheless prohibited that activity solely because of its associational nature. These occasions will involve activities which (1) are not protected under any other constitutional freedom, and (2) cannot, for one reason or another, be understood as the lawful activities of individuals. As discussed by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, *supra*, such activities may be collective in nature, in that they cannot be performed by individuals acting alone. The prohibition of such activities must surely, in some cases, be a violation of s. 2(d) (at p. 367):

semblables à la fois pour satisfaire son besoin de relations sociales et pour réaliser des fins communes. » (L. J. MacFarlane, *The Theory and Practice of Human Rights* (1985), p. 82.)

Cette conception de la liberté d'association, qui a reçu l'appui du juge en chef Dickson, dissident (p. 334, 365 et 366), a été confirmée plusieurs fois par notre Cour depuis le *Renvoi relatif à l'Alberta* (voir *IPFPC*, précité, le juge Sopinka, p. 401-402, le juge Cory (dissident), p. 379; *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235, le juge en chef Dickson, p. 1243; *Lavigne*, précité, le juge La Forest, p. 317; le juge Wilson, p. 251; le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), p. 343). Dans *Lavigne*, le juge Wilson (au nom de trois des sept juges sur ce point) fait un examen approfondi de la jurisprudence de notre Cour sur l'al. 2d) et rappelle que « notre Cour a conclu à l'unanimité à maintes reprises et dans divers contextes que l'al. 2d) a pour objet de favoriser l'action collective de personnes en vue de réaliser des objectifs communs » (p. 253). Elle ajoute que la Cour est restée inébranlable dans cette opinion malgré de nombreux désaccords sur l'application de l'al. 2d) à des pratiques précises.

Comme ces opinions le montrent, l'objet de l'al. 2d) commande une seule question : l'État a-t-il empêché l'activité en raison de sa nature associative, décourageant ainsi la poursuite collective d'objectifs communs? À mon avis, même si le critère à quatre volets applicable à la liberté d'association clarifie cette notion, il ne rend pas compte de toute la gamme d'activités protégées par l'al. 2d). En particulier, il y a des cas où une activité n'est pas visée par les troisième et quatrième règles énoncées par le juge Sopinka dans *IPFPC*, précité, mais où l'État l'interdit néanmoins en raison seulement de sa nature associative. Il s'agit d'activités (1) qui ne sont pas protégées par une autre liberté constitutionnelle, et (2) qui ne peuvent, pour une raison ou une autre, être considérées comme des activités licites d'un individu. Comme le dit le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, ces activités peuvent être de nature collective en ce qu'elles ne peuvent être accomplies par une personne seule. De toute évidence, l'interdiction de telles activités doit, dans certains cas, porter atteinte à l'al. 2d) (à la p. 367) :

There will, however, be occasions when no analogy involving individuals can be found for associational activity, or when a comparison between groups and individuals fails to capture the essence of a possible violation of associational rights. . . . The overarching consideration remains whether a legislative enactment or administrative action interferes with the freedom of persons to join and act with others in common pursuits. The legislative purpose which will render legislation invalid is the attempt to preclude associational conduct because of its concerted or associational nature. [Emphasis added.]

This passage, which was not explicitly rejected by the majority in the *Alberta Reference* or in *PIPSC*, recognizes that the collective is “qualitatively” distinct from the individual: individuals associate not simply because there is strength in numbers, but because communities can embody objectives that individuals cannot. For example, a “majority view” cannot be expressed by a lone individual, but a group of individuals can form a constituency and distill their views into a single platform. Indeed, this is the essential purpose of joining a political party, participating in a class action or certifying a trade union. To limit s. 2(d) to activities that are performable by individuals would, in my view, render futile these fundamental initiatives. At best, it would encourage s. 2(d) claimants to contrive individual analogs for inherently associational activities, a process which this Court clearly resisted in the labour trilogy, in *Egg Marketing, supra*, and in its jurisprudence on union security clauses and the right not to associate (see *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206 (“[t]he union is . . . the representative of all the employees in the unit for the purpose of negotiating the labour agreement”, hence “[t]here is no room left for private negotiation between employer and employee” (per Judson J., at p. 212)); *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718 (“[t]he reality is, and has been for many years now throughout Canada, that individual relationships as between employer and employee have meaning only at the hiring stage” (per Laskin C.J., at p. 725)); I. Hunter, “Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law” (1993), 22 *Man. L.J.* 145, at p. 147 (“[i]ndividual rights *vis-à-vis* their employer are replaced by rights in respect of their

Il y a cependant des cas où aucune analogie comportant des individus ne peut être trouvée pour une activité collective ou bien où la comparaison entre des groupes et des individus ne permet pas de saisir l’essence d’une éventuelle violation des droits d’association [. . .] Le facteur primordial demeure la question de savoir si un texte législatif ou un acte administratif porte atteinte à la liberté des personnes de se joindre à d’autres personnes et de poursuivre avec elles des objectifs communs. L’objectif d’une loi qui a pour effet de la rendre invalide est la tentative d’interdire un comportement collectif en raison de sa nature concertée ou collective. [Je souligne.]

Cet extrait, que la majorité n’a pas rejeté explicitement dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* ou dans *IPFPC*, reconnaît une différence « qualitative » entre le collectif et l’individuel : les individus ne s’associent pas simplement pour la force du nombre, mais aussi parce qu’une collectivité peut incarner des objectifs qui n’existent pas au niveau individuel. Par exemple, un « point de vue majoritaire » ne peut être exprimé par une seule personne, mais un groupe de personnes peut constituer un mouvement d’opinion et fondre leurs points de vue dans une plate-forme unique. C’est ce qui motive essentiellement l’adhésion à un parti politique, la participation à un recours collectif ou l’accréditation d’un syndicat. J’estime que limiter l’application de l’al. 2d) aux activités qui peuvent être accomplies individuellement viderait de leur sens ces actes fondamentaux. Au mieux, cela inciterait les demandeurs invoquant l’al. 2d) à forger des analogies entre des activités individuelles et des activités purement associatives, une démarche que notre Cour a clairement refusée dans la trilogie du droit du travail, dans *OCCO*, précité, et dans la jurisprudence sur les clauses de sécurité syndicale et le droit de ne pas s’associer (voir *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206 : [TRADUCTION] « [l]e syndicat est [. . .] le représentant de tous les employés de l’unité pour les fins de la négociation de la convention de travail » et donc « [l]es négociations privées entre l’employeur et l’employé n’ont plus leur place » (le juge Judson, p. 212); *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718 : (« [d]ans tout le Canada, et ce depuis plusieurs années, les relations individuelles entre employeur et employé n’ont d’importance qu’à l’étape de l’embauchage » (le

union, which, in turn, is mandated to advance the interests of bargaining-unit members”); D. Beatty and S. Kennett, “Striking Back: Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies” (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 573, at pp. 587-88). The collective dimension of s. 2(d) is also consistent with developments in international human rights law, as indicated by the jurisprudence of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations and the ILO Committee on Freedom of Association (see, e.g., International Labour Office, *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO* (4th ed. 1996)). Not only does this jurisprudence illustrate the range of activities that may be exercised by a collectivity of employees, but the International Labour Organization has repeatedly interpreted the right to organize as a collective right (see International Labour Office, *Voices for Freedom of Association* (Labour Education 1998/3, No. 112): “freedom is not only a human right; it is also, in the present circumstances, a collective right, a public right of organisation” (address delivered by Mr. Léon Jouhaux, workers’ delegate)).

As I see it, the very notion of “association” recognizes the qualitative differences between individuals and collectivities. It recognizes that the press differs qualitatively from the journalist, the language community from the language speaker, the union from the worker. In all cases, the community assumes a life of its own and develops needs and priorities that differ from those of its individual members. Thus, for example, a language community cannot be nurtured if the law protects only the individual’s right to speak (see *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 20). Similar reasoning applies, albeit in a limited fashion, to the freedom to organize: because trade unions develop needs and priorities that are

juge en chef Laskin, p. 725)); I. Hunter, « Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law » (1993), 22 *R.D. Man.* 145, p. 147, ([TRADUCTION] « [l]es droits individuels face à l’employeur sont remplacés par les droits à l’égard du syndicat, qui a pour mandat, en retour, de promouvoir les intérêts des membres de l’unité de négociation »); D. Beatty et S. Kennett, « Striking Back : Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies » (1988), 67 *R. du B. can.* 573, p. 587-588). La dimension collective de l’al. 2d) est également compatible avec l’évolution du droit international des droits de la personne, comme l’indique la jurisprudence de la Commission d’experts pour l’application des conventions et recommandations et du Comité de la liberté syndicale de l’OIT (voir, p. ex., Bureau international du Travail, *La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d’administration du BIT* (4^e éd. 1996)). Non seulement cette jurisprudence illustre la gamme d’activités pouvant être exercées par une collectivité d’employés, mais l’Organisation internationale du Travail a maintes fois interprété le droit syndical comme étant un droit collectif (voir Bureau international du Travail, *Des voix pour la liberté syndicale* (Éducation ouvrière 1998/3, n^o 112) : « la liberté ne vaut pas seulement pour le plein développement de la personnalité humaine, mais [. . .], dans les circonstances actuelles, elle doit être un aspect du droit public dans la complète indépendance de l’organisation syndicale » (Allocution de Léon Jouhaux, délégué des travailleurs)).

À mon avis, la notion même d’« association » reconnaît les différences qualitatives entre individu et collectivité. Elle reconnaît que la presse diffère qualitativement du journaliste, la collectivité linguistique du locuteur, le syndicat du travailleur. Dans tous les cas, la collectivité a une existence propre et ses besoins et priorités diffèrent de ceux de ses membres individuels. Ainsi, par exemple, on ne peut donner substance à une collectivité linguistique si la loi protège uniquement la liberté d’expression individuelle (voir *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 20). Le même raisonnement s’applique, mais d’une façon limitée, à la liberté syndicale : étant donné que les besoins et priorités des

distinct from those of their members individually, they cannot function if the law protects exclusively what might be “the lawful activities of individuals”. Rather, the law must recognize that certain union activities — making collective representations to an employer, adopting a majority political platform, federating with other unions — may be central to freedom of association even though they are inconceivable on the individual level. This is not to say that all such activities are protected by s. 2(d), nor that all collectivities are worthy of constitutional protection; indeed, this Court has repeatedly excluded the right to strike and collectively bargain from the protected ambit of s. 2(d) (see *Alberta Reference*, *supra*, per Le Dain J., at p. 390 (excluding the right to strike and collectively bargain), per McIntyre J., at pp. 409-10 (excluding the right to strike); *PIPSC*, *supra*, per Dickson C.J., at pp. 373-74 (excluding the right to collectively bargain), per La Forest J., at p. 390 (concurring with Sopinka J.), per L’Heureux-Dubé J., at p. 392 (excluding both the right to strike and collectively bargain), per Sopinka J., at p. 404 (excluding both the right to strike and collectively bargain)). It is to say, simply, that certain collective activities must be recognized if the freedom to form and maintain an association is to have any meaning. As one author puts it, the *per se* exclusion of collective action reduces employee collectives to mere “aggregate[s] of economically self-interested individuals” rather than “co-operative undertakings where individual flourishing can be encouraged through membership in and co-operation with the community of fellow workers” (see L. Harmer, “The Right to Strike: Charter Implications and Interpretations” (1988), 47 *U.T. Fac. L. Rev.* 420, at pp. 434-35). This would surely undermine the purpose of s. 2(d), which is to allow the achievement of individual potential through interpersonal relationships and collective action (see, e.g., *Lavigne*, *supra*, per McLachlin J., at pp. 343-44, per La Forest J., at pp. 327-28).

syndicats tendent à se distinguer de ceux de leurs membres individuels, ils ne peuvent fonctionner si la loi protège exclusivement ce qui pourrait être des « activités licites d’un individu ». La loi doit plutôt reconnaître que certaines activités syndicales — les revendications collectives auprès de l’employeur, l’adoption d’une plate-forme politique majoritaire, le regroupement en fédérations syndicales — peuvent être au cœur de la liberté d’association même si elles ne peuvent exister au niveau individuel. Ceci ne veut pas dire que toutes ces activités sont protégées par l’al. 2d), ni que toutes les collectivités ont droit à la protection constitutionnelle; en fait, notre Cour a exclu plusieurs fois le droit de grève et de négociation collective de la protection de l’al. 2d) (voir le *Renvoi relatif à l’Alberta*, précité, le juge Le Dain, p. 390 (excluant le droit de faire la grève et de négocier collectivement), le juge McIntyre, p. 409-410 (excluant le droit de grève); *IPFPC*, précité, le juge en chef Dickson, p. 373-374 (excluant le droit de négociation collective), le juge La Forest, p. 390 (avec l’appui du juge Sopinka) et le juge L’Heureux-Dubé, p. 392 (excluant le droit de grève et de négociation collective), le juge Sopinka, p. 404 (excluant le droit de grève et de négociation collective)). Cela veut dire simplement que certaines activités collectives doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens. Selon un auteur, l’exclusion de l’action collective comme telle réduit l’association d’employés à une simple [TRADUCTION] « juxtaposition d’intérêts économiques individuels » au lieu d’être une « entreprise coopérative où l’épanouissement personnel peut être encouragé par l’appartenance et la coopération dans la communauté des collègues de travail » (L. Harmer, « The Right to Strike : Charter Implications and Interpretations » (1988), 47 *U.T. Fac. L. Rev.* 420, p. 434-435). Ce serait certainement compromettre la réalisation de l’objet de l’al. 2d), savoir l’épanouissement individuel au moyen de relations interpersonnelles et de l’action collective (voir p. ex. *Lavigne*, précité, le juge McLachlin, p. 343-344, le juge La Forest, p. 327-328).

In sum, a purposive approach to s. 2(d) demands that we “distinguish between the associational aspect of the activity and the activity itself”, a process mandated by this Court in the *Alberta Reference*

L’interprétation téléologique de l’al. 2d) exige en somme « de distinguer l’aspect collectif d’une activité de l’activité elle-même », la démarche imposée par notre Cour dans le *Renvoi relatif à*

(see *Egg Marketing*, *supra*, per Iacobucci and Bastarache JJ., at para. 111). Such an approach begins with the existing framework established in that case, which enables a claimant to show that a group activity is permitted for individuals in order to establish that its regulation targets the association *per se* (see *Alberta Reference*, *supra*, per Dickson C.J., at p. 367). Where this burden cannot be met, however, it may still be open to a claimant to show, by direct evidence or inference, that the legislature has targeted associational conduct because of its concerted or associational nature.

(b) *State Responsibility Under Section 2(d)*

The content of the freedom to organize having been discussed, the next question that arises is the scope of state responsibility in respect of this freedom. This responsibility is generally characterized as “negative” in nature, meaning that Parliament and the provincial legislatures need only refrain from interfering (either in purpose or effect) with protected associational activity. Conversely, the *Charter* does not oblige the state to take affirmative action to safeguard or facilitate the exercise of fundamental freedoms.

However, history has shown, and Canada’s legislatures have uniformly recognized, that a posture of government restraint in the area of labour relations will expose most workers not only to a range of unfair labour practices, but potentially to legal liability under common law inhibitions on combinations and restraints of trade. Knowing this would foreclose the effective exercise of the freedom to organize, Ontario has provided a statutory freedom to organize in its *LRA* (s. 5), as well as protections against denial of access to property (s. 13), employer interference with trade union activity (s. 70), discrimination against trade unionists (s. 72), intimidation and coercion (s. 76), alteration of working conditions during the certification process (s. 86), coercion of witnesses (s. 87), and removal of Board notices (s. 88). In this context, it must be asked whether, in order to make the freedom to organize meaningful, s. 2(d) of the *Charter* imposes a positive obligation on the state to extend protective

l’Alberta (voir *OCCO*, précité, les juges Iacobucci et Bastarache, par. 111). Cette démarche commence avec les paramètres établis dans ce renvoi qui permettent à un demandeur de démontrer que l’activité collective est autorisée pour des individus afin d’établir que sa réglementation vise en fait l’association comme telle (voir le *Renvoi relatif à l’Alberta*, précité, le juge en chef Dickson, p. 367). Le demandeur qui ne peut apporter cette preuve peut cependant établir, directement ou par inférence, que le législateur a ciblé une activité associative en raison de son caractère concerté ou associatif.

(b) *La responsabilité de l’État en vertu de l’al. 2d)*

Après l’examen du contenu de la liberté syndicale, il faut déterminer l’étendue de la responsabilité de l’État vis-à-vis de cette liberté. On qualifie généralement cette responsabilité de « négative » par nature, en ce sens que le Parlement et les législatures provinciales sont seulement tenus de s’abstenir de toute intervention portant atteinte (par son objet ou son effet) à une activité associative protégée. À l’inverse, la *Charte* n’oblige pas l’État à prendre des mesures positives pour préserver ou faciliter l’exercice de libertés fondamentales.

Toutefois, l’histoire a montré, et les législateurs canadiens ont uniformément reconnu, qu’une attitude de retenue de la part du gouvernement dans le domaine des relations de travail expose la plupart des travailleurs non seulement à diverses pratiques déloyales de travail, mais peut aussi engager leur responsabilité juridique en common law pour coalition ou restriction du commerce. Conscient de ce qu’il en résulterait une entrave à l’exercice réel de la liberté syndicale, l’Ontario a institué législativement, dans la *LRT*, la liberté de se syndiquer (art. 5), ainsi que la protection contre le refus d’un droit d’accès (art. 13), l’ingérence de l’employeur dans les affaires syndicales (art. 70), la discrimination contre les membres d’un syndicat (art. 72), les menaces (art. 76), la modification des conditions de travail pendant la procédure d’accréditation (art. 86), l’intimidation d’un témoin (art. 87) et l’enlèvement des avis de la Commission (art. 88). Dans ce contexte, il faut se demander si, pour que la liberté

19

20

legislation to unprotected groups. More broadly, it may be asked whether the distinction between positive and negative state obligations ought to be nuanced in the context of labour relations, in the sense that excluding agricultural workers from a protective regime substantially contributes to the violation of protected freedoms.

21

This precise question was raised in *Delisle*, *supra*, in which the appellant failed to establish that exclusion from a protective regime violated s. 2(d). The *Delisle* case involved RCMP officers who were employed by the Canadian government, so it is arguable that the Court's decision was not intended to apply where private employers are involved. However, Justice L'Heureux-Dubé recognized at para. 7 of a concurring judgment that s. 2(d) may require protection against unfair labour practices in certain circumstances:

I recognize that in cases where the employer does not form part of government, there exists no *Charter* protection against employer interference. In such a case, it might be demonstrated that the selective exclusion of a group of workers from statutory unfair labour practice protections has the purpose or effect of encouraging private employers to interfere with employee associations. It may also be that there is a positive obligation on the part of governments to provide legislative protection against unfair labour practices or some form of official recognition under labour legislation, because of the inherent vulnerability of employees to pressure from management, and the private power of employers, when left unchecked, to interfere with the formation and administration of unions. [Emphasis added.]

This dictum was not rejected by the *Delisle* majority, which focused instead on the fact that an interference with associational activity had not been made out on the facts of the case. Indeed, in making this finding, I deferred judgment on the appellant's argument that underinclusion could have "an important chill on freedom of association because it clearly indicates to its members that unlike all other employees, they cannot unionize, and what is more, that they must not get together to defend

syndicale ait un sens, l'al. 2d) de la *Charte* impose à l'État l'obligation positive d'étendre la protection légale à des groupes non protégés. De façon plus générale, on peut se demander si la distinction entre obligations positives et négatives de l'État doit être nuancée dans le contexte des relations de travail, en ce sens que l'exclusion des travailleurs agricoles de l'application d'un régime de protection contribue substantiellement à la violation de libertés protégées.

Cette question se posait précisément dans *Delisle*, précité, où l'appelant n'a pas réussi à établir que l'exclusion du régime de protection était contraire à l'al. 2d). L'affaire *Delisle* concernait des agents de la GRC employés par le gouvernement du Canada, de sorte qu'on peut soutenir que cette décision ne visait pas les employeurs du secteur privé. Dans son jugement concourant, le juge L'Heureux-Dubé reconnaît que l'al. 2d) peut exiger la protection contre les pratiques déloyales de travail, dans certaines circonstances (au par. 7) :

Je reconnais que la *Charte* ne fournit aucune protection contre l'ingérence de l'employeur qui ne fait pas partie du gouvernement. Dans un tel cas, il pourrait être démontré que l'exclusion sélective d'un groupe de travailleurs de l'application de protections légales contre les pratiques déloyales de travail a pour objet ou pour effet d'encourager les employeurs du secteur privé à faire obstacle aux associations d'employés. Il se peut également qu'il y ait une obligation positive de la part des gouvernements de fournir une protection législative contre les pratiques déloyales de travail ou une forme quelconque de reconnaissance officielle en vertu de la législation en matière de travail, en raison de la vulnérabilité inhérente des employés aux pressions exercées par la direction et du pouvoir de nature privée qu'ont les employeurs de nuire à la formation et à l'administration des syndicats, lorsque ce pouvoir n'est pas contrôlé. [Je souligne.]

Ce point de vue n'est pas rejeté par la majorité dans *Delisle*, qui met plutôt l'accent sur le fait que l'ingérence dans l'activité associative n'a pas été établie à partir des faits de l'espèce. En arrivant à cette conclusion, je refuse de me prononcer sur l'argument de l'appelant qu'une application limitative peut créer « un effet dissuasif important concernant la liberté de s'associer car [elle] envoie clairement à ses membres le message que, contrairement à tous les autres employés, ils ne peuvent se syndiquer, et

their interests with respect to labour relations” (see *Delisle, supra*, at para. 30). In addition, I left open the possibility that s. 2 of the *Charter* may impose “a positive obligation of protection or inclusion on Parliament or the government . . . in exceptional circumstances which are not at issue in the instant case” (para. 33).

Even before *Delisle*, Le Dain J. recognized in the *Alberta Reference, supra*, that s. 2(d) protected workers’ freedom to organize “without penalty or reprisal”, making no distinction between workers employed by government or private entities (p. 391). What this dictum recognized, in my view, is that without the necessary protection, the freedom to organize could amount “to no more than the freedom to suffer serious adverse legal and economic consequences” (see H. W. Arthurs et al., *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4th ed. 1993), at para. 431). Perhaps more importantly for this appeal, this dictum implies that total exclusion from a regime protecting the freedom to organize could engage not only s. 15(1) of the *Charter*, but also s. 2(d) of the *Charter*. Where a group is denied a statutory benefit accorded to others, as is the case in this appeal, the normal course is to review this denial under s. 15(1) of the *Charter*, not s. 2(d) (see *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women’s Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627 (“NWAC”); *Delisle, supra*). This was properly recognized by Sharpe J. who noted that “by ‘dipping its toe in the water’, and affording or enhancing the rights of some”, the government is not obliged to “go all the way and ensure the enjoyment of rights by all” (p. 207). However, it seems to me that apart from any consideration of a claimant’s dignity interest, exclusion from a protective regime may in some contexts amount to an affirmative interference with the effective exercise of a protected freedom. In such a case, it is not so much the differential treatment that is at issue, but the fact that the government is creating conditions which in effect substantially interfere with the exercise of a constitutional right; it has been held in the s. 2(a) context, for example, that “protection of one religion and the concomitant non-protection of others imports disparate impact destructive of the religious

qui plus est, qu’ils ne doivent pas s’associer pour défendre leurs intérêts en matière de relations du travail » (voir *Delisle*, par. 30). Je ne me prononce pas sur la possibilité que l’art. 2 de la *Charte* peut imposer une « obligation positive de protection ou d’inclusion au Parlement ou au gouvernement [. . .] dans des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas invoquées en l’espèce » (par. 33).

Même avant *Delisle*, le juge Le Dain reconnaissait dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, précité, que l’al. 2d) garantissait aux travailleurs le droit de se syndiquer « sans faire l’objet d’une peine ou de représailles », ne faisant aucune distinction entre les travailleurs du secteur public et ceux du secteur privé (p. 391). Cette observation indique, à mon sens, que, sans la protection voulue, la liberté de se syndiquer pouvait n’être [TRADUCTION] « rien d’autre que la liberté de subir de graves préjudices sur les plans juridique et économique » (voir H. W. Arthurs et autres, *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4^e éd. 1993), par. 431). Il est peut-être plus important encore aux fins du présent pourvoi de souligner que cette observation laisse entendre que l’exclusion totale d’un régime protégeant la liberté syndicale pourrait porter atteinte non seulement au par. 15(1), mais aussi à l’al. 2d) de la *Charte*. Lorsqu’une loi refuse à un groupe de personnes un avantage qu’elle accorde à d’autres, comme c’est le cas en l’espèce, la démarche habituelle consiste à l’examiner en fonction du par. 15(1), et non de l’al. 2d) (voir *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627 (« AFAC »), et *Delisle*, précité). Le juge Sharpe en convient à juste titre : [TRADUCTION] « lorsqu’il entrebâille la porte et accorde des droits à certains ou les accroît », le gouvernement n’est pas tenu « d’ouvrir la porte toute grande et de conférer les mêmes droits à tous » (p. 207). Toutefois j’estime qu’indépendamment de l’atteinte éventuelle au droit à la dignité, l’exclusion d’un régime de protection peut, dans certains contextes, équivaloir à une entrave manifeste à l’exercice réel d’une liberté garantie. En pareil cas, ce n’est pas tant le traitement différent qui est en cause, que le fait que le gouvernement crée des conditions qui ont pour effet d’entraver considérablement l’exercice d’un droit constitutionnel; dans

freedom of the collectivity” (see *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 337). This does not mean that there is a constitutional right to protective legislation *per se*; it means legislation that is underinclusive may, in unique contexts, substantially impact the exercise of a constitutional freedom.

le contexte de l’al. 2a), on a statué, par exemple, que « protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société » (*Big M Drug Mart*, précité, p. 337). Cela ne signifie pas qu’il existe un droit constitutionnel à la protection légale comme tel; cela signifie qu’une loi dont l’application est limitative peut, dans des contextes exceptionnels, avoir un effet substantiel sur l’exercice d’une liberté constitutionnelle.

23

This brings me to the central question of this appeal: can excluding agricultural workers from a statutory labour relations regime, without expressly or intentionally prohibiting association, constitute a substantial interference with freedom of association? A preliminary answer to this question may be found in *Haig*, *supra*, where L’Heureux-Dubé J. recognized that “a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required” (p. 1039). Although such a situation did not arise in that case, at least three observations are in order. First, the benefit sought in *Haig*, namely, participation in a national referendum, was, unlike inclusion in the *LRA*, not designed to safeguard the exercise of a fundamental freedom; thus, this Court was able to reject the appellants’ claim for positive state action on the grounds that it would constitutionalize a very limited statutory regime. Second, there was no evidence in *Haig* that without the benefit of the referendum, the appellant would have been incapable of expressing his views on Quebec secession; thus, the appellants failed to meet the minimum evidentiary burden required of a s. 2(b) claim (see *Haig*, at p. 1040). Finally, even had the appellant been unable to express his views on Quebec secession, that surely had nothing to do with his exclusion from the national referendum. Similar points may be made about *NWAC*, *supra*. In that case, this Court again recognized the possibility of positive government action in some cases, but concluded that the respondents’ exclusion from a particular series of constitutional discussions did not suppress their overall freedom of expression. As in the *Haig* case, the decisive point was the nature of the state action sought, combined with the absence of an

Ceci m’amène à la question centrale du pourvoi : l’exclusion des travailleurs agricoles d’un régime légal de relations de travail, sans interdiction expresse ou intentionnelle de l’association, peut-elle constituer une atteinte substantielle à la liberté d’association? On trouve une réponse préliminaire à cette question dans *Haig*, précité, où le juge L’Heureux-Dubé reconnaît qu’« il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d’adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s’imposerait peut-être » (p. 1039). Bien que ce n’ait pas été le cas dans cette affaire, au moins trois observations s’imposent. Premièrement, dans *Haig*, l’avantage recherché, la participation à un référendum national, ne visait pas, contrairement à l’inclusion dans la *LRT*, à préserver l’exercice d’une liberté fondamentale; notre Cour a donc pu rejeter la demande d’action positive gouvernementale, car y faire droit aurait eu pour effet de constitutionnaliser un régime légal très limité. Deuxièmement, rien dans la preuve n’indiquait dans *Haig* que, sans le référendum, l’appelant aurait été dans l’impossibilité d’exprimer ses opinions sur la sécession du Québec; ainsi, les appelants ne satisfaisaient pas à l’exigence minimale de preuve pour une demande fondée sur l’al. 2b) (voir *Haig*, p. 1040). Enfin, même si l’appelant avait été dans l’impossibilité d’exprimer ses opinions sur la sécession du Québec, cela n’avait certainement rien à voir avec son exclusion du référendum national. Les mêmes observations valent pour l’arrêt *AFAC*, précité, où notre Cour reconnaît de nouveau la possibilité d’une mesure gouvernementale positive dans certains cas, mais conclut que l’exclusion des intimés d’une série donnée de débats constitutionnels ne les privait pas de leur liberté d’expression globale. Comme dans

evidentiary foundation for the s. 2 claim. By contrast, the appellants argue in this case that they possess no independent ability to organize, either inside or outside of the relevant statutory context.

In my view, the cases of *Haig*, *NWAC* and *Delisle* function to circumscribe, but not to foreclose, the possibility of challenging underinclusion under s. 2 of the *Charter*. One limit imposed by these cases is that claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime. Thus, in *Haig*, the majority of this Court held that “[a] government is under no constitutional obligation to extend [a referendum] to anyone, let alone to everyone” (emphasis in original), and further that “[a] referendum as a platform of expression is . . . a matter of legislative policy and not of constitutional law” (p. 1041 (emphasis in original)). Similarly, in *NWAC*, the majority of this Court held that “[i]t cannot be claimed that *NWAC* has a constitutional right to receive government funding aimed at promoting participation in the constitutional conferences” (p. 654). In my view, the appellants in this case do not claim a constitutional right to general inclusion in the *LRA*, but simply a constitutional freedom to organize a trade association. This freedom to organize exists independently of any statutory enactment, even though the so-called “modern rights to bargain collectively and to strike” have been characterized otherwise in the *Alberta Reference*, *supra*, per Le Dain J., at p. 391. While it may be that the effective exercise of this freedom requires legislative protection in some cases, this ought not change the fundamentally non-statutory character of the freedom itself. As long as the appellants can plausibly ground their action in a fundamental *Charter* freedom, *Haig* and *NWAC* ought simply to be distinguished.

Second, the underinclusion cases demonstrate that a proper evidentiary foundation must be provided before creating a positive obligation under the *Charter*. This requirement proved fatal in *Haig*,

Haig, l’élément décisif était la nature de la mesure gouvernementale recherchée, conjuguée à l’absence de preuve de l’allégation fondée sur l’art. 2. À l’opposé, les appelants soutiennent en l’espèce qu’ils n’ont aucune capacité indépendante de s’organiser, dans le cadre ou en dehors du régime légal.

À mon avis, les arrêts *Haig*, *AFAC* et *Delisle* délimitent mais n’excluent pas la possibilité de contester la non-inclusion sur le fondement de l’art. 2 de la *Charte*. Une limite imposée par ces arrêts est d’exiger que les arguments fondés sur la non-inclusion reposent sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, plutôt que sur l’accès à un régime légal précis. Ainsi, dans *Haig*, la majorité de la Cour conclut qu’un « gouvernement n’a aucune obligation constitutionnelle d’offrir [un référendum] à qui que ce soit, et encore moins à tous » et qu’un « référendum en tant que tribune pour favoriser l’expression relève [. . .] de la politique législative et non du droit constitutionnel » (p. 1041 (souligné dans l’original)). De même, dans *AFAC*, la majorité de la Cour conclut : « [o]n ne saurait prétendre que l’*AFAC* a, en vertu de la Constitution, le droit de recevoir des deniers publics pour promouvoir sa participation aux conférences constitutionnelles » (p. 654). J’estime que les appelants en l’espèce ne revendiquent pas un droit constitutionnel à l’inclusion générale dans la *LRT*, mais simplement la liberté constitutionnelle de former une association syndicale. Cette liberté existe indépendamment de tout texte législatif, même si, dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, précité, le juge Le Dain décrit d’une autre façon les prétendus « droits contemporains de négociier collectivement et de faire la grève » (p. 391). Il se peut que l’exercice réel de cette liberté exige parfois une protection légale, mais cela ne change rien au fait que fondamentalement la liberté n’est pas d’origine législative. Dans la mesure où les appelants peuvent invoquer de manière plausible une liberté fondamentale garantie par la *Charte*, il faut simplement faire une distinction avec les affaires *Haig* et *AFAC*.

Deuxièmement, il ressort des affaires de non-inclusion que la création d’une obligation positive en vertu de la *Charte* exige un fondement de preuve approprié. Le non-respect de cette exigence a été

NWAC and *Delisle* because the claimants in all three cases were unable to prove that the fundamental freedom at issue, as opposed to merely their requested statutory entitlement, was impossible to exercise. On the contrary, it was concluded in *Haig* that “the referendum itself, far from stifling expression, provided a particular forum for such expression” (p. 1040). Similarly, it was concluded in *NWAC* that “[e]ven assuming that in certain extreme circumstances, the provision of a platform of expression to one group may infringe the expression of another and thereby require the Government to provide an equal opportunity for the expression of that group, there was no evidence in this case to suggest that the funding or consultation of the four Aboriginal groups infringed the respondents’ equal right of freedom of expression” (p. 664). Finally, it was concluded in *Delisle* that “it is difficult to argue that the exclusion of RCMP members from the statutory regime of the *PSSRA* prevents the establishment of an independent employee association because RCMP members have in fact formed such an association in several provinces, including Quebec, where ‘C’ Division was created by Mr. Delisle himself” (para. 31). In my view, the evidentiary burden in these cases is to demonstrate that exclusion from a statutory regime permits a substantial interference with the exercise of protected s. 2(d) activity. Such a burden was implied by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, *supra*, where he stated that positive obligations may be required “where the absence of government intervention may in effect substantially impede the enjoyment of fundamental freedoms” (p. 361 (emphasis added)). It was also implied by this Court in *NWAC*, where Sopinka J. stated that “[i]t will be rare indeed that the provision of a platform or funding to one or several organizations will have the effect of suppressing another’s freedom of speech” (p. 657 (emphasis added)). These dicta do not require that the exercise of a fundamental freedom be impossible, but they do require that the claimant seek more than a particular channel for exercising his or her fundamental freedoms.

fatal dans les affaires *Haig*, *AFAC* et *Delisle*, car dans les trois cas, les demandeurs n’ont pu prouver l’impossibilité d’exercer la liberté fondamentale en cause et non pas simplement le droit revendiqué de bénéficier de l’application d’une loi. Au contraire, selon *Haig*, « le référendum lui-même, loin d’étouffer l’expression, a créé une tribune particulière pour favoriser l’expression » (p. 1040). De même, selon *AFAC*, « [m]ême en supposant que, dans certaines circonstances extrêmes, le fait d’offrir à un certain groupe une tribune pour favoriser l’expression puisse porter atteinte à la liberté d’expression d’un autre groupe et imposer, en conséquence, au gouvernement l’obligation de fournir à cet autre groupe une chance équivalente de s’exprimer, il n’y avait, en l’espèce, aucune preuve que le financement ou la consultation des quatre groupes autochtones violait le droit des intimées à une liberté égale d’expression » (p. 664). Enfin, selon *Delisle*, « [i]l est [. . .] difficile de prétendre que l’exclusion des membres de la GRC du régime législatif de la *LRTFP* a pour effet d’empêcher la formation d’une association indépendante de travailleurs puisqu’en réalité les membres de la GRC ont formé une telle association dans plusieurs provinces, y compris le Québec, où la division “C” a été créée par M. Delisle lui-même » (par. 31). La charge de preuve consiste à mon avis à démontrer que l’exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à l’exercice de l’activité protégée par l’al. 2b). Cette charge ressort implicitement de la remarque du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, précité, selon laquelle des obligations positives peuvent être nécessaires lorsque « l’absence d’intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales » (p. 361 (je souligne)). La Cour laisse également entendre, par la voix du juge Sopinka, dans *AFAC*, qu’« [i]l sera extrêmement rare que la tribune ou le financement offerts à un seul ou à plusieurs organismes auront pour effet de supprimer la liberté de parole d’autrui » (p. 657 (je souligne)). Ces observations ne disent pas que l’exercice d’une liberté fondamentale doit être impossible, mais que le demandeur doit rechercher davantage qu’une voie particulière pour l’exercice de ses libertés fondamentales.

Assuming an evidentiary foundation can be provided, a third concern is whether the state can truly be held accountable for any inability to exercise a fundamental freedom. In this case, it is said that the inability to form an association is the result of private action and that mandating inclusion in a statutory regime would run counter to this Court's decision in *Dolphin Delivery*, *supra*. However, it should be noted that this Court's understanding of "state action" has matured since the *Dolphin Delivery* case and may mature further in light of evolving *Charter* values. For example, this Court has repeatedly held that the contribution of private actors to a violation of fundamental freedoms does not immunize the state from *Charter* review; rather, such contributions should be considered part of the factual context in which legislation is reviewed (see *Lavigne*, *per* La Forest J., at p. 309; see, similarly, *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, *per* Dickson C.J., at p. 766). Moreover, this Court has repeatedly held in the s. 15(1) context that the *Charter* may oblige the state to extend underinclusive statutes to the extent underinclusion licenses private actors to violate basic rights and freedoms (see *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493). Finally, there has been some suggestion that the *Charter* should apply to legislation which "permits" private actors to interfere with protected s. 2 activity, as in some contexts mere permission may function to encourage or support the act which is called into question (see *Lavigne*, *per* Wilson J., at p. 248). If we apply these general principles to s. 2(d), it is not a quantum leap to suggest that a failure to include someone in a protective regime may affirmatively permit restraints on the activity the regime is designed to protect. The rationale behind this is that underinclusive state action falls into suspicion not simply to the extent it discriminates against an unprotected class, but to the extent it substantially orchestrates, encourages or sustains the violation of fundamental freedoms.

The notion that underinclusion can infringe freedom of association is not only implied by

26

À supposer qu'il existe un fondement probatoire, la troisième question est de savoir si l'État peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale. On prétend en l'espèce que l'incapacité de constituer une association résulte d'une action privée et que l'inclusion obligatoire dans un régime légal irait à l'encontre de l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité. Il faut toutefois signaler que, depuis cet arrêt, l'interprétation de l'« action gouvernementale » par notre Cour a évolué et qu'elle pourrait encore se modifier compte tenu de l'évolution des valeurs qui sous-tendent la *Charte*. Par exemple, notre Cour a maintes fois rappelé que la participation de personnes privées à la violation de libertés fondamentales ne met pas l'État à l'abri d'un contrôle judiciaire fondé sur la *Charte*; cette participation doit être considérée comme un élément du contexte factuel dans lequel la loi est examinée (voir *Lavigne*, précité, le juge La Forest, p. 309; voir, dans le même sens, *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson, p. 766). En outre, notre Cour a souvent statué, dans le contexte du par. 15(1), que la *Charte* peut obliger l'État à élargir le champ d'application d'une loi lorsque sa portée trop limitative permet à une personne privée de porter atteinte à des droits et libertés fondamentaux (voir *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493). Enfin, on a laissé entendre que la *Charte* devrait s'appliquer à toute loi qui « permet » à une personne privée de nuire à une activité protégée par l'art. 2, étant donné que, dans certains cas, la simple faculté donnée peut avoir pour effet d'encourager ou d'appuyer l'acte en cause (voir *Lavigne*, le juge Wilson, p. 248). Si l'on applique ces principes généraux à l'al. 2d), ce n'est pas un grand bond en avant de dire que le défaut d'inclure une personne dans un régime de protection peut positivement permettre la restriction de l'activité que le régime vise à protéger. La raison en est que la mesure gouvernementale de portée trop limitative devient suspecte non seulement dans la mesure où elle est discriminatoire à l'endroit d'une catégorie non protégée, mais aussi dans la mesure où elle orchestre, encourage ou tolère d'une manière substantielle la violation de libertés fondamentales.

L'idée que la non-inclusion peut porter atteinte à la liberté d'association est non seulement implicite

27

Canadian *Charter* jurisprudence, but is also consistent with international human rights law. Article 2 of *Convention (No. 87) concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize*, 67 U.N.T.S. 17, provides that “[w]orkers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and . . . to join organisations of their own choosing” (emphasis added), and that only members of the armed forces and the police may be excluded (Article 9). In addition, Article 10 of *Convention No. 87* defines an “organisation” as “any organisation of workers or of employers for furthering and defending the interests of workers or of employers” (emphasis added). Canada ratified *Convention No. 87* in 1972. The Convention’s broadly worded provisions confirm precisely what I have discussed above, which is that discriminatory treatment implicates not only an excluded group’s dignity interest, but also its basic freedom of association. This is further confirmed by the fact that Article 2 operates not only on the basis of sex, race, nationality and other traditional grounds of discrimination, but on the basis of any distinction, including occupational status (see L. Swepston, “Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision” (1998), 137 *Int’l Lab. Rev.* 169, at pp. 179-180). Nowhere is this clearer than in Article 1 of *Convention (No. 11) concerning the Rights of Association and Combination of Agricultural Workers*, 38 U.N.T.S. 153, which obliges ratifying member states to secure to “all those engaged in agriculture” the same rights of association as to industrial workers; the convention makes no distinction as to the type of agricultural work performed. Although provincial jurisdiction has prevented Canada from ratifying *Convention No. 11*, together these conventions provide a normative foundation for prohibiting any form of discrimination in the protection of trade union freedoms (see J. Hodges-Aeberhard, “The right to organise in Article 2 of *Convention No. 87*: What is meant by workers ‘without distinction whatsoever’?” (1989), 128 *Int’l Lab. Rev.* 177). This foundation is fortified by *Convention (No. 141) concerning Organisations of Rural Workers and Their Role in Economic and Social Development (I.L.O. Official Bulletin*, vol. LVIII, 1975, Series A, No. 1, p. 28) which extends, under

dans la jurisprudence canadienne relative à la *Charte*, mais elle est aussi compatible avec le droit international des droits de la personne. L’article 2 de la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 67 R.T.N.U. 19, dispose que « [l]es travailleurs et les employeurs, sans distinction d’aucune sorte, ont le droit [. . .] de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s’affilier à ces organisations » (je souligne) et que seuls les membres des forces armées et des forces policières peuvent être exclus (article 9). De plus, l’article 10 de la *Convention n° 87* définit une « organisation » comme étant « toute organisation de travailleurs ou d’employeurs ayant pour but de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs ou des employeurs » (je souligne). Le Canada a ratifié la *Convention n° 87* en 1972. Les dispositions de portée générale de la *Convention* confirment exactement ce dont je parle précédemment, savoir qu’un traitement discriminatoire touche non seulement le droit à la dignité du groupe exclu, mais aussi sa liberté fondamentale d’association. À cela s’ajoute le fait que l’article 2 ne s’applique pas uniquement sans distinction de sexe, de race, de nationalité ou autre motif traditionnel de distinction, mais sans distinction d’aucune sorte, y compris la situation professionnelle (voir L. Swepston, « Droits de l’homme et liberté syndicale : évolution sous le contrôle de l’OIT » (1998), 137 *Rev. int. trav.* 187, p. 198). Nul autre texte ne l’énonce plus clairement que l’article premier de la *Convention (n° 11) concernant les droits d’association et de coalition des travailleurs agricoles*, 38 R.T.N.U. 153, qui oblige les États signataires à accorder à « toutes les personnes occupées dans l’agriculture » le droit d’association reconnu aux travailleurs industriels; la *Convention* ne fait aucune distinction fondée sur le type de travail agricole. Même si la compétence des provinces a empêché le Canada de ratifier la *Convention n° 11*, l’ensemble de ces conventions établit néanmoins un fondement normatif pour l’interdiction de toute forme de discrimination dans la protection des libertés syndicales (voir J. Hodges-Aeberhard, « Le droit syndical selon l’article 2 de la convention n° 87 : Que signifie l’expression “tous les travailleurs sans distinction d’aucune sorte” ? » (1989), 128 *Rev. int. trav.* 197). Ce fondement est

Article 2, the freedom to organize to “any person engaged in agriculture, handicrafts or a related occupation in a rural area, whether as a wage earner or, . . . as a tenant, sharecropper or small owner-occupier”.

In sum, while it is generally desirable to confine claims of underinclusion to s. 15(1), it will not be appropriate to do so where the underinclusion results in the effective denial of a fundamental freedom such as the right of association itself. This is not to say that such claims will be common: they are constrained by both s. 32 of the *Charter*, which demands a minimum of state action before the *Charter* can be invoked, as well as by the factors discussed above. However, a claim for inclusion should not, in my view, automatically fail a s. 2(d) analysis: depending on the circumstances, freedom of association may, for example, prohibit the selective exclusion of a group from whatever protections are necessary to form and maintain an association, even though there is no constitutional right to such statutory protection *per se*. In this sense, the burden imposed by s. 2(d) of the *Charter* differs from that imposed by s. 15(1): while the latter focuses on the effects of underinclusion on human dignity (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497), the former focuses on the effects of underinclusion on the ability to exercise a fundamental freedom. This distinction is contemplated by the wording of the *Charter* itself and is supported by subsequent jurisprudence of this Court (see, e.g., *Delisle, supra*, at para. 25).

Before concluding on this point, I reiterate that the above doctrine does not, on its own, oblige the state to act where it has not already legislated in respect of a certain area. One must always guard against reviewing legislative silence, particularly where no legislation has been enacted in the first place. By the same token, it must be remembered

renforcé par la *Convention (n° 141) concernant les organisations de travailleurs ruraux et leur rôle dans le développement économique et social (Bulletin officiel du B.I.T., vol. LVIII, 1975, Série A, n° 1, p. 28)*, dont l'article 2 reconnaît la liberté syndicale à « toutes personnes exerçant, dans les régions rurales, une occupation agricole, artisanale ou autre, assimilée ou connexe, qu'il s'agisse de salariés ou [. . .] de personnes travaillant à leur propre compte, par exemple les fermiers, métayers et petits propriétaires exploitants ».

En somme, bien qu'il soit généralement souhaitable de limiter l'examen des cas de non-inclusion au par. 15(1), cela ne vaut pas lorsque la non-inclusion emporte la négation effective d'une liberté fondamentale comme la liberté d'association. Ces cas ne seront pas monnaie courante : ils sont limités par l'art. 32 de la *Charte*, qui exige un minimum d'action gouvernementale pour que la *Charte* puisse s'appliquer, ainsi que par les facteurs examinés plus haut. Cependant, une demande d'inclusion ne devrait pas être automatiquement rejetée à l'issue d'une analyse fondée sur l'al. 2d) : selon les circonstances, la liberté d'association peut, par exemple, interdire l'exclusion sélective d'un groupe de la protection nécessaire à la formation et au maintien d'une association, même s'il n'existe en soi aucun droit constitutionnel à une telle protection de la loi. En ce sens, la charge de preuve imposée par l'al. 2d) de la *Charte* diffère de celle imposée par le par. 15(1) : ce dernier met l'accent sur les effets de la non-inclusion sur la dignité humaine (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497), alors que l'al. 2d) vise les effets de la non-inclusion sur la capacité d'exercer une liberté fondamentale. La distinction ressort du libellé même de la *Charte* et est confirmée par la jurisprudence postérieure de notre Cour (p. ex., *Delisle*, précité, par. 25).

Avant de conclure sur ce point, je répète que, à eux seuls, les principes énoncés précédemment n'obligent pas l'État à agir lorsqu'il n'a pas déjà légiféré dans un domaine particulier. On doit toujours se garder d'interpréter le silence du législateur, surtout lorsqu'aucun texte législatif n'a été adopté. De même, il faut se rappeler la raison pour laquelle

28

29

why the *Charter* applies to legislation that is under-inclusive. Once the state has chosen to regulate a private relationship such as that between employer and employee, I believe it is unduly formalistic to consign that relationship to a “private sphere” that is impervious to *Charter* review. As Dean P. W. Hogg has stated, “[t]he effect of the governmental action restriction is that there is a private realm in which people are not obliged to subscribe to ‘state’ values, and into which constitutional norms do not intrude. The boundaries of that realm are marked, not by an *a priori* definition of what is ‘private’, but by the absence of statutory or other governmental intervention” (see *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), at p. 34-27). I am not prepared to say that the relationship between farmers and their employees falls within that boundary. If, by investigating the effects of a statute that regulates this sphere, this Court is imposing “positive” obligations on the state, that is only because such imposition is justified in the circumstances.

(c) *Summary of Discussion on Section 2(d)*

30

In my view, the activities for which the appellants seek protection fall squarely within the freedom to organize, that is, the freedom to collectively embody the interests of individual workers. Insofar as the appellants seek to establish and maintain an association of employees, there can be no question that their claim falls within the protected ambit of s. 2(d) of the *Charter*. Moreover, the effective exercise of these freedoms may require not only the exercise in association of the constitutional rights and freedoms (such as freedom of assembly) and lawful rights of individuals, but the exercise of certain collective activities, such as making majority representations to one’s employer. These activities are guaranteed by the purpose of s. 2(d), which is to promote the realization of individual potential through relations with others, and by international labour jurisprudence, which recognizes the inevitably collective nature of the freedom to organize. Finally, while inclusion in legislation designed to protect such freedoms will normally be the province of s. 15(1) of the *Charter*, claims for inclusion may, in rare cases, be cognizable under the fundamental

la *Charte* s’applique à une loi limitative. Une fois que l’État a décidé de réglementer une relation d’ordre privé, comme celle entre employeur et employé, je crois qu’il est trop formaliste d’assigner cette relation à un « domaine privé » qui échappe au contrôle fondé sur la *Charte*. Selon le doyen P. W. Hogg, [TRADUCTION] « l’effet de la restriction de l’action gouvernementale est qu’il existe un domaine privé à l’intérieur duquel les personnes ne sont pas obligées de souscrire aux valeurs de “l’État” et à l’intérieur duquel les normes constitutionnelles n’interviennent pas. Les limites de ce domaine sont établies non pas par une définition *a priori* de ce qui est “privé”, mais par l’absence d’intervention gouvernementale, législative ou autre » (voir *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), p. 34-27). Je ne suis pas disposé à conclure que les rapports entre les exploitants agricoles et leurs employés se situent à l’intérieur de ces limites. Lorsqu’en examinant les effets d’une loi qui régit ce domaine, notre Cour impose à l’État une obligation « positive » c’est uniquement parce que les circonstances l’exigent.

c) *Résumé de l’analyse selon l’al. 2d)*

J’estime que les activités dont les appelants demandent la protection relèvent tout à fait de la liberté syndicale, soit la liberté de défendre collectivement les intérêts des travailleurs individuels. Dans la mesure où les appelants veulent constituer et maintenir une association d’employés, il ne fait aucun doute que leur recours ressortit à l’al. 2d) de la *Charte* et à la protection qu’il confère. De plus, l’exercice réel de ces libertés peut exiger non seulement l’exercice en association des droits et libertés constitutionnels (telle la liberté de réunion) et des droits légitimes des individus, mais aussi l’exercice de certaines activités collectives, comme la défense des intérêts de la majorité auprès de l’employeur. Ces activités sont protégées par l’objet de l’al. 2d), qui est de favoriser l’épanouissement personnel au moyen des relations avec autrui, et dans le cadre des arrêts internationaux en matière de droit du travail, qui reconnaissent la nature nécessairement collective de la liberté syndicale. Enfin, même si l’inclusion dans une loi vouée à la protection de telles libertés relève normalement du par. 15(1) de la *Charte*, on peut, dans de rares cas, connaître de

freedoms. With this in mind, I turn to whether s. 3(b) of the *LRA* interferes with the appellants' protected freedoms, either in purpose or effect.

(3) Application to the Ontario Legislation

(a) *Purpose of the Exclusion*

The appellants claim that their exclusion from the *LRA* was intended to infringe their freedom to organize and, as such, violates the *Charter* notwithstanding its actual effects (see *Big M Drug Mart*, *supra*, at pp. 331-33; *Edwards Books*, *supra*, per Dickson C.J., at p. 752). A similar allegation of colourable purpose was assessed in the recent case of *Delisle*, *supra*. In that case, s. 2 "employee" (e) of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35, was held not to interfere with the unionization of RCMP officers, as the purpose of the provision was simply to withhold from RCMP officers any status or protection created by the Act itself. The majority rejected extrinsic evidence that the purpose of the Act was, in the words of the dissenting judges, "to maintain the inherent difficulty faced by RCMP members in attempting to associate together to confront management on more equal terms" (para. 88). In the case at bar, a similar analysis yields an ambiguous result. At first blush, it would seem that the purpose of the *LRA* and the *LRESLAA* is to withhold from agricultural workers any status or protection created by the former Act, and not to target non-statutory unionization. On the other hand, the appellants point out several comments made by Ontario government officials to the effect that the purpose of the *LRESLAA* was to prevent "unionization". Upon introducing the *LRESLAA* to the Ontario Legislature in 1995, for example, the Ontario Minister of Labour stated that "unionization of the family farm has no place in Ontario's key agricultural sector"; moreover, the Minister of Agriculture, Food and Rural Affairs later stated that "the *Agricultural Labour Relations Act* is aimed directly at unionizing the family farm" and that "[w]e do not believe in the unionization of the family farm" (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, October 4, 1995, at pp. 99-100). Similar language

demandes d'inclusion sous l'angle des libertés fondamentales. En gardant cela à l'esprit, je passe à la question de savoir si l'al. 3b) de la *LRT* porte atteinte aux libertés garanties aux appelants, par son objet ou par son effet.

(3) Application à la loi ontarienne

a) *Objet de l'exclusion*

Les appelants soutiennent que leur exclusion de la *LRT* visait à faire obstacle à leur liberté syndicale et contrevenait donc à la *Charte*, quels que soient ses effets réels (voir *Big M Drug Mart*, précité, p. 331-333; *Edwards Books*, précité, le juge en chef Dickson, p. 752). Une allégation similaire d'objet répréhensible a été évaluée dans le récent arrêt *Delisle*, précité, où notre Cour a jugé que l'al. e) de la définition de « fonctionnaire » figurant à l'art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-35, n'empêchait pas la syndicalisation des agents de la GRC, car son objet était simplement de ne pas leur accorder un statut ou une protection découlant de la loi elle-même. La majorité a rejeté la preuve extrinsèque que, selon les juges dissidents, l'objet de la loi était de « maintenir la difficulté inhérente que devaient surmonter les membres de la GRC en tentant de s'associer pour affronter la direction sur un meilleur pied d'égalité » (par. 88). En l'espèce, une analyse similaire aboutit à un résultat ambigu. À première vue, l'objet de la *LRT* et de la *LMLRTE* paraît être de priver les travailleurs agricoles de tout statut ou protection accordé par l'ancienne loi, et non d'empêcher la syndicalisation hors du régime légal. Par contre, les appelants citent en preuve les observations de membres du gouvernement ontarien selon lesquelles la *LMLRTE* visait à empêcher la « syndicalisation ». Par exemple, lorsqu'elle présente la *LMLRTE* à l'assemblée législative ontarienne en 1995, la ministre du Travail dit ceci : [TRADUCTION] « la syndicalisation de la ferme familiale n'a pas sa place dans l'important secteur agricole de l'Ontario »; en outre, le ministre de l'Agriculture déclare plus tard que « la *Loi sur les relations de travail dans l'agriculture* vise directement la syndicalisation de la ferme familiale » et « [n]ous ne croyons pas en la syndicalisation

was employed in the legislature's media kit on Bill 7, which stated that the agricultural sector "would have great difficulty adapting to the presence of unions". These troubling comments were made to members of the provincial legislature before they voted on the *LRESLAA* and, as such, may have reflected the legislature's intention in enacting that statute.

de la ferme familiale » (Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, 4 octobre 1995, p. 99-100). Des propos semblables sont repris dans la pochette d'information sur le projet de loi 7 destinée à la presse, où on peut lire que le secteur agricole [TRADUCTION] « aurait beaucoup de difficulté à s'adapter à la présence de syndicats ». Ces observations troublantes s'adressaient aux députés de la législature provinciale avant le vote de la *LMLRTE* et, à ce titre, elles pouvaient traduire l'intention du législateur.

32

There are conflicting claims in this case concerning the meaning of the above comments and the light they shed on the intention of the legislature. On the one hand, the ambiguous use of the term "unionization" suggests that the legislature sought not only to exclude agricultural workers from the statutory incidents of striking and collective bargaining, but also to insulate Ontario's farms from the very presence of unions. Such an intention would, needless to say, run counter to the *Charter's* guarantee of freedom of association. On the other hand, the fact that the *LRESLAA* pursues a collateral legislative objective, namely the protection of the family farm, makes it difficult to conclude without speculation that this protection was sought through the prevention of unionization *per se*. While my colleague L'Heureux-Dubé J. marshals compelling evidence to make this point, I remain struck by the fact that s. 3(b) of the *LRA* does not, on its face, prohibit agricultural workers from forming workers' associations, while it does bar them from all statutory labour relations schemes.

Le sens de ces observations et l'éclairage qu'elles apportent sur l'intention du législateur ont donné lieu à des arguments contradictoires. D'une part, l'utilisation ambiguë du mot « syndicalisation » semble indiquer que le législateur cherchait non seulement à exclure les travailleurs agricoles des grèves et des négociations collectives légales, mais aussi d'isoler les exploitations agricoles de l'Ontario de toute présence syndicale. Il va sans dire qu'une telle intention serait contraire à la garantie constitutionnelle de la liberté d'association. Par ailleurs, le fait que la *LMLRTE* poursuive un objectif législatif parallèle, la protection de l'exploitation agricole familiale, ne permet pas de conclure avec certitude que l'on cherchait à donner cette protection grâce à l'interdiction de la syndicalisation comme telle. Alors que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé fait appel à une preuve convaincante pour démontrer ce point, je demeure frappé par le fait que l'al. 3b) de la *LRT* n'interdit pas expressément aux travailleurs agricoles de former des associations syndicales, alors qu'ils les exclut de tout régime légal de relations de travail.

33

The difficulties of assessing legislative intent cannot be overemphasized. Such an assessment strikes at the heart of the rapport between the legislatures and the courts and, if undertaken lightly, can become a rather subjective process of induction. Moreover, the kind of evidence that is required to go behind the wording of a statute and make a finding of unconstitutional purpose is, understandably, not often available on the legislative record. On the facts of this case, therefore, I think it is more appropriate to focus on the effects of the impugned provisions, noting that some of

On ne peut jamais assez souligner les difficultés de l'évaluation de l'intention du législateur. Cette évaluation touche au cœur même des relations entre législatif et judiciaire, et, si elle est entreprise à la légère, elle peut devenir un processus d'induction assez subjectif. De plus, le type de preuve requis pour aller au-delà du libellé d'une loi et conclure que son objectif est inconstitutionnel n'est pas souvent fourni par les documents législatifs, pour des raisons évidentes. Vu les faits en l'espèce, je pense donc qu'il est plus approprié d'axer l'analyse sur l'effet des dispositions attaquées, mais je note que

the concerns raised by the above comments will inform the s. 1 analysis.

(b) *Effects of the Exclusion*

In their submissions before this Court, the appellants urged that because the statutory protections provided by the *LRA* were a necessary pre-condition for the formation of agricultural unions in Ontario, the effect of s. 3(b) of the *LRA* was to permanently foreclose this possibility and thus to violate s. 2(d) of the *Charter*. In response, the Attorney General adopted the position of Sharpe J. that *LRA* protection was an insufficient condition for the formation of agricultural unions and, more importantly, that any inability to form agricultural unions in Ontario stemmed from private, not state action. In my view, the appellants must prevail on this point. While the respondent rightly observes that the *Charter* does not apply to private actors, their argument assumes a rigid dichotomy between public and private action which, while appropriate in some contexts, belies the historical reality of agricultural labour relations. I conclude that the effect of s. 3(b) of the *LRA* is to violate s. 2(d) of the *Charter*.

The history of labour relations in Canada illustrates the profound connection between legislative protection and the freedom to organize. It may be suggested that legislative protection is so tightly woven into the fabric of labour relations that, while there is no constitutional right to protective legislation *per se*, the selective exclusion of a group from such legislation may substantially impact the exercise of a fundamental freedom. To illustrate this point, I find it necessary to make three observations about the appellants' exclusion from the *LRA*. First, the *LRA* is designed to safeguard the exercise of a fundamental freedom, rather than to provide a limited statutory entitlement to certain classes of citizens. Second, the appellants in this case are substantially incapable of exercising their fundamental freedom to organize without the protective regime, as indicated by the record filed before this Court. Third, the appellants' exclusion from the *LRA*

certaines préoccupations exprimées plus haut seront prises en compte dans l'analyse selon l'article premier.

b) *Effets de l'exclusion*

Devant notre Cour, les appelants ont fait valoir que, puisque les garanties prévues dans la *LRT* sont une condition préalable nécessaire à la constitution de syndicats agricoles en Ontario, l'al. 3b) de la *LRT* a pour effet d'exclure cette possibilité de manière permanente et contrevient donc à l'al. 2d) de la *Charte*. En réponse, le procureur général adopte le point de vue du juge Sharpe selon lequel la protection découlant de la *LRT* est une condition non suffisante pour la création de syndicats agricoles et, qui plus est, toute incapacité de créer des syndicats agricoles en Ontario résulte d'actes privés, et non d'un acte de l'État. À mon sens, il faut donner raison aux appelants sur ce point. Même si l'intimé fait observer à juste titre que la *Charte* ne s'applique pas au secteur privé, son argument suppose une stricte dichotomie entre l'action publique et l'action privée qui, bien qu'elle soit appropriée dans certains contextes, contredit la réalité historique des relations de travail dans le secteur agricole. Je conclus que l'al. 3b) de la *LRT*, par ses effets, viole l'al. 2d) de la *Charte*.

L'histoire des relations de travail au Canada illustre le lien profond entre protection légale et liberté syndicale. On peut soutenir que la protection légale est si étroitement imbriquée dans le tissu des relations de travail que, même s'il n'existe pas de droit constitutionnel à la protection légale comme telle, l'exclusion sélective d'un groupe de ce type de législation peut avoir des effets substantiels sur l'exercice d'une liberté fondamentale. Pour illustrer ce point, je dois faire trois observations concernant l'exclusion des appelants de la *LRT*. Premièrement, la *LRT* vise à protéger l'exercice d'une liberté fondamentale, et non à accorder un droit limité à certaines catégories de citoyens. Deuxièmement, les appelants en l'espèce sont essentiellement dans l'incapacité d'exercer leur liberté fondamentale de se syndiquer en l'absence d'un régime de protection, comme l'indique le dossier présenté à notre Cour. Troisièmement, l'exclusion des appelants de

34

35

functions not simply to permit private interference with their fundamental freedoms, but to substantially reinforce such interferences. Central to all of these points, in my view, is that the freedom to organize constitutes a unique swatch in Canada's constitutional fabric, as difficult to exercise as it is fundamental, into which legislative protection is historically woven.

- (i) The *LRA* is Designed to Safeguard the Exercise of the Fundamental Freedom to Associate

la *LRT* n'a pas simplement pour effet de permettre des atteintes privées à leurs libertés fondamentales, mais de les renforcer considérablement. Pour moi, le point essentiel de tous ces éléments est que la liberté syndicale est aussi difficile à exercer qu'elle est fondamentale, et qu'elle forme une pièce unique dans la toile constitutionnelle canadienne où l'histoire a tissé une protection légale.

- (i) La *LRT* vise à protéger l'exercice de la liberté fondamentale d'association

36

In assessing the appellant's claim for the repeal of s. 3(b) of the *LRA*, it is crucial to examine the essential ambition of the *LRA*. As numerous scholars have pointed out, the *LRA* does not simply enhance, but instantiates, the freedom to organize. The Act provides the only statutory vehicle by which employees in Ontario can associate to defend their interests and, moreover, recognizes that such association is, in many cases, otherwise impossible. This recognition is evident not only from the statute's protections against unfair labour practices, but from the express "right to organize" it inscribes in s. 5. At the same time, the activities for which the appellants seek protection antecede, at least notionally, the *LRA*'s enactment; as this Court held in *Delisle, supra*, "[t]he ability to form an independent association and to carry on [its] protected activities . . . exists independently of any statutory regime", even though the unprotected aspects of collective bargaining and the right to strike are creatures of statute (para. 33). What this means is that, while the inevitable effect of allowing this appeal may be to extend a statutory regime to agricultural workers, depending on the legislative response to this decision, the appellants are not seeking a constitutional "right" to inclusion in the *LRA*.

Pour statuer sur la demande d'invalidation de l'al. 3b) de la *LRT*, il est crucial d'examiner l'objectif essentiel de cette loi. De nombreux experts ont souligné que la *LRT* ne fait pas que favoriser la liberté syndicale, mais elle lui donne effet. La loi est le seul instrument législatif permettant aux employés en Ontario de s'associer pour défendre leurs intérêts et, de plus, elle reconnaît que, dans bien des cas, pareille association est par ailleurs impossible. Cela ressort non seulement de la protection que prévoit la loi contre les pratiques déloyales de travail, mais aussi du « droit de s'organiser » expressément inscrit à l'art. 5. En même temps, les activités dont les appelants demandent la protection existaient, du moins théoriquement, avant l'adoption de la *LRT*; comme notre Cour le dit dans *Delisle, précité*, « [l]a capacité de former une association indépendante et d'exercer [ses] activités protégées [. . .] existe en dehors de tout cadre législatif », même si les aspects non protégés de la négociation collective et du droit de grève tirent leur origine de la loi (par. 33). Cela signifie que, même si accueillir le présent pourvoi pourrait avoir pour effet d'étendre un régime légal aux travailleurs agricoles, selon ce que sera la réponse législative à cette décision, les appelants ne revendiquent pas de « droit » constitutionnel à l'inclusion dans la *LRT*.

37

The freedom to organize lies at the core of the *Charter*'s protection of freedom of association. So central is this freedom to s. 2(d) that, during the legislative hearings preceding the *Charter*'s enactment, an express right to unionize was opposed on the grounds "that that is already covered in the freedom of association that is provided already

La liberté syndicale est au cœur de la liberté d'association garantie par la *Charte*. Elle est si centrale à l'al. 2d) que, pendant les audiences qui ont précédé l'adoption de la *Charte*, le droit exprès de se syndiquer a été écarté pour le motif qu'il était [TRADUCTION] « couver[t] par les termes "libertés d'association", qui figurent dans la charte » (je

in . . . the *Charter*” (emphasis added) (see *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 43, January 22, 1981, at pp. 69-70 (Kaplan)). As recently as *Delisle, supra*, L’Heureux-Dubé J. noted that “the right to freedom of association must take into account the nature and importance of labour associations as institutions that work for the betterment of working conditions and the protection of the dignity and collective interests of workers in a fundamental aspect of their lives: employment” (para. 6 (emphasis in original)). These remarks echo those of Dickson C.J., who noted in the *Alberta Reference, supra*, that “[w]ork is one of the most fundamental aspects in a person’s life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society” (p. 368) (see similarly, *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, *per* La Forest J., at p. 300; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1002; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, *per* Iacobucci J., at para. 95). Moreover, the importance of trade union freedoms is widely recognized in international covenants, as is the freedom to work generally. In my view, judicial recognition of these freedoms strengthens the case for their positive protection. It suggests that trade union freedoms lie at the core of the *Charter*, and in turn that legislation instantiating those freedoms ought not be selectively withheld where it is most needed.

By protecting the freedom to organize, s. 2(d) of the *Charter* recognizes the dynamic and evolving role of the trade union in Canadian society. In addition to permitting the collective expression of employee interests, trade unions contribute to political debate. At the level of national policy, unions advocate on behalf of disadvantaged groups and present views on fair industrial policy. These functions, when viewed globally, affect all levels of society and constitute “an important subsystem in a democratic market-economy system” (see K. Sugeno, “Unions as social institutions in democratic market economies” (1994), 133 *Int’l Lab. Rev.* 511, at p. 519). For these reasons, the notion that

souligne) (voir *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Fascicule n° 43, le 22 janvier 1981, p. 69-70 (Kaplan)). Dans le récent arrêt *Delisle*, précité, le juge L’Heureux-Dubé fait observer que « la liberté d’association doit être interprétée en fonction de la nature et de l’importance des associations de travailleurs en tant qu’institutions œuvrant pour l’amélioration des conditions de travail et pour la protection de la dignité et des intérêts collectifs des travailleurs dans un aspect fondamental de leur vie : l’emploi » (par. 6 (souligné dans l’original)). Sa remarque faisait écho à cette observation du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, précité : « [l]e travail est l’un des aspects les plus fondamentaux de la vie d’une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société » (p. 368) (voir dans le même sens *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le juge La Forest, p. 300; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, p. 1002; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, le juge Iacobucci, par. 95). En outre, l’importance des libertés syndicales est largement reconnue dans les conventions internationales, tout comme la liberté de travailler en général. J’estime que la reconnaissance de ces libertés par les tribunaux renforce l’idée de protection positive. Cela indique que les libertés syndicales sont au cœur de la *Charte*, et que la loi qui leur donne effet ne devrait pas être sélectivement inapplicable là où elle est le plus nécessaire.

En protégeant la liberté syndicale, l’al. 2d) reconnaît la dynamique et l’évolution du rôle des syndicats dans la société canadienne. En plus de permettre l’expression collective des intérêts des travailleurs, les syndicats contribuent au débat politique. À l’échelle nationale, les syndicats prennent la défense de groupes défavorisés et donnent leur avis sur les politiques industrielles équitables. Considéré globalement, ce rôle atteint toutes les couches de la société et constitue une « partie intégrante d’une économie de marché démocratique » (voir K. Sugeno, « Les syndicats, institutions sociales dans les pays démocratiques à économie de marché » (1994), 133 *Rev. int. trav.* 561, p. 570).

minimum legislative protection cannot be extended to agricultural workers without extending full collective bargaining rights is misguided. Equally misguided is the notion that inherent difficulties in the formation of trade unions, or the fact that unions are in some cases experiencing a decline in membership, diminishes their social and political significance. On the contrary, unions remain core voluntary associations based on the principle of freedom of association.

- (ii) Without the Protection of the *LRA*, Agricultural Workers Are Substantially Incapable of Exercising the Freedom to Associate

39

The fact that a regime aims to safeguard a fundamental freedom does not, of course, mean that exclusion from that regime automatically gives rise to a *Charter* violation. As I discussed in *Delisle*, *supra*, a group that proves capable of associating despite its exclusion from a protective regime will be unable to meet the evidentiary burden required of a *Charter* claim. In such a case, inclusion in a statutory regime cannot be said to safeguard, but rather to enhance, the exercise of a fundamental freedom. In this case, by contrast, the appellants contend that total exclusion from the *LRA* creates a situation whereby they are substantially incapable of exercising their constitutional right to associate. Needless to say, this claim must be assessed against the factual record provided by both the appellants and the respondents.

40

As a preliminary matter, the appellants state that the repeal of the *ALRA* by the *LRESLAA* caused the immediate demise of the first agricultural workers' union in Ontario. While this is an alluring argument, in my view it obscures the true substance of the appellants' claim. As discussed above, what is ultimately impugned in this case is not simply the repeal of the *ALRA*, but the combined effect of the *LRESLAA* and the *LRA*. This implicates the decades-long exclusion of agricultural workers from the labour relations regime, from the first enactment of the *Collective Bargaining Act, 1943*, until the repeal of the *ALRA* in 1995. The *LRESLAA* occupies only

C'est pourquoi l'idée qu'on ne peut donner la protection légale minimale aux travailleurs agricoles sans leur donner tous les droits de négociation collective est mal fondée. Est également mal fondée l'idée que les difficultés inhérentes à la création des syndicats ou, dans certains cas, la baisse du nombre d'adhérents diminuent l'importance sociale et politique des travailleurs agricoles. Au contraire, les syndicats demeurent des associations volontaires essentielles eu égard au principe de la liberté d'association.

- (ii) Sans la protection légale de la *LRT*, les travailleurs agricoles sont essentiellement dans l'incapacité d'exercer la liberté d'association

Le fait qu'un régime vise à protéger une liberté fondamentale ne veut évidemment pas dire que toute exclusion de ce régime est automatiquement une atteinte à la *Charte*. Comme je le dis dans *Delisle*, précité, le groupe qui réussit à s'associer malgré son exclusion d'un régime de protection ne peut s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe pour établir l'atteinte à la *Charte*. Dans ce cas, l'inclusion dans le régime légal ne protège pas seulement, mais améliore, l'exercice d'une liberté fondamentale. En l'espèce, par contre, les appelants soutiennent que leur exclusion totale de la *LRT* crée une situation où ils sont essentiellement incapables d'exercer leur droit constitutionnel de s'associer. Il va sans dire que cette allégation doit être évaluée en fonction des faits établis tant par les appelants que par les intimés.

À titre préliminaire, les appelants affirment que l'abrogation de la *LRTA* par la *LMLRTE* a entraîné la dissolution immédiate du premier syndicat de travailleurs agricoles en Ontario. Bien que l'argument soit séduisant, je trouve qu'il obscurcit la vraie prétention des appelants. Comme je le dis plus haut, ce n'est pas simplement l'abrogation de la *LRTA* qui est en cause, en définitive, mais l'effet combiné de la *LMLRTE* et de la *LRT*. Il s'agit de décennies d'exclusion des travailleurs agricoles du régime de relations de travail, depuis l'adoption de la *Collective Bargaining Act, 1943* jusqu'à l'abrogation de la *LRTA* en 1995. La *LMLRTE* représente une petite

a small space in this history; it ought not prove decisive in this appeal.

Nonetheless, the appellants argue that notwithstanding the *ALRA*, they have no realistic chance of associating without the protection of the *LRA*. This is mainly because the *LRA* protects workers from common law inhibitions on organizing activity, as well as from employer practices designed to obstruct the formation of unions (see Arthurs, *supra*, at para. 431; International Labour Organization, Committee on Freedom of Association, Report No. 308, Case No. 1900, “Complaint against the Government of Canada (Ontario), presented by the Canadian Labour Congress (CLC)”, *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LXXX, 1997, Series B, No. 3, at paras. 145-46 and 187). Perhaps more broadly, the *LRA* is described by the intervener Canadian Labour Congress as having “regulated, structured and channelled” the method through which Canadian workers are able to organize, to the point where organizing a workers’ association is “virtually synonymous” with unionizing under the legislative scheme. As just noted, the mere fact of exclusion from protective legislation is not conclusive evidence of a *Charter* violation; as I observed in *Delisle*, *supra*, RCMP officers had the strength to form employee associations in several provinces despite their exclusion from the *PSSRA* (para. 31). That being said, it is possible to draw a distinction between groups who are “strong enough to look after [their] interests without collective bargaining legislation” and those “who have no recourse to protect their interests aside from the right to quit” (see *Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations* (1968), at paras. 253-54). As Canada’s leading Task Force on Labour Relations recognized as early as 1968, agricultural workers fall into the latter category (para. 254). Not only have agricultural workers proved unable to form employee associations in provinces which deny them protection but, unlike the RCMP officers in *Delisle*, they argue that their relative status and lack of statutory protection all but guarantee this result. Distinguishing features of agricultural workers are their political impotence, their lack of resources to associate without state protection and their vulnerability to reprisal by their employers; as noted by Sharpe J., agricultural

partie seulement de l’histoire et ne devrait pas être décisive en l’espèce.

Quoi qu’il en soit, les appelants soutiennent que, abstraction faite de la *LRTA*, ils n’ont aucune possibilité réelle de s’associer sans la protection de la *LRT*, principalement parce que cette loi protège les travailleurs contre les interdictions de common law frappant les activités d’organisation, ainsi que contre les pratiques patronales s’opposant à la formation de syndicats (Arthurs, *op. cit.*, par. 431; Bureau international du Travail, Comité de la liberté syndicale, Rapport n° 308, cas n° 1900, « Plainte contre le gouvernement du Canada (Ontario) présentée par le Congrès du travail du Canada (CTC) », *Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LXXX, 1997, Série B, n° 3, par. 145, 146 et 187). Plus largement peut-être, la *LRT* est décrite par l’intervenant le Congrès du travail du Canada comme ayant [TRADUCTION] « réglementé, structuré et orienté » la démarche par laquelle les travailleurs canadiens sont en mesure de s’organiser, à tel point que l’organisation d’une association de travailleurs est devenue [TRADUCTION] « presque synonyme » de syndicalisation dans le cadre du régime législatif. Je le répète, la simple exclusion d’un régime de protection n’est pas la preuve concluante d’une violation de la *Charte*; comme je le dis dans *Delisle*, précité, les agents de la GRC avaient la force voulue pour former des associations d’employés dans plusieurs provinces malgré leur exclusion de la *LRTFP* (par. 31). Cela étant, on peut faire une distinction entre les groupes qui sont « assez fort[s] pour défendre [leurs] intérêts sans le secours d’une législation en matière de négociation collective » et ceux « qui n’ont aucun moyen de protéger leurs intérêts, si ce n’est le droit d’abandonner leur emploi » (voir *Les relations du travail au Canada : Rapport de l’Équipe spécialisée en relations de travail* (1968), par. 253-254). Comme l’Équipe spécialisée en relations de travail l’a reconnu dès 1968, les travailleurs agricoles tombent dans la dernière catégorie (par. 254). Non seulement les travailleurs agricoles ont été incapables de former des associations dans les provinces qui leur refusent la protection mais, contrairement aux agents de la GRC dans *Delisle*, ils allèguent que leur statut relatif et l’absence de protection légale ne peuvent conduire qu’à un tel échec. Les travailleurs

workers are “poorly paid, face difficult working conditions, have low levels of skill and education, low status and limited employment mobility” (p. 216). Moreover, unlike RCMP officers, agricultural workers are not employed by the government and therefore cannot access the *Charter* directly to suppress an unfair labour practice (*Delisle*, at para. 32). It is no wonder, therefore, according to the appellants, that agricultural workers have failed to associate in any meaningful way in Ontario, while RCMP officers have successfully created independent employee associations in several provinces across Canada (*Delisle*, at para. 31).

agricoles n’ont ni pouvoir politique, ni ressources pour se regrouper sans la protection de l’État, et ils sont vulnérables face aux représailles patronales; comme le fait observer le juge Sharpe, les travailleurs agricoles [TRADUCTION] « sont mal rémunérés, ils ont des conditions de travail difficiles, une formation et une instruction limitées, un statut peu élevé et une mobilité d’emploi restreinte » (p. 216). En outre, contrairement aux agents de la GRC, les travailleurs agricoles ne sont pas des employés de l’État et ne peuvent donc pas invoquer directement la *Charte* pour mettre fin à une pratique déloyale de travail (*Delisle*, par. 32). Il n’est donc pas étonnant, selon les appelants, que les travailleurs agricoles n’aient pas réussi à s’associer de manière convaincante en Ontario, alors que les agents de la GRC ont réussi à former des associations indépendantes d’employés dans plusieurs provinces du Canada (*Delisle*, par. 31).

42

The validity of this claim will depend in part on how strict a definition of the word “unionize” this Court adopts. The respondent Fleming Chicks and the intervener Labour Issues Coordinating Committee both adopt a very strict definition, arguing that UFCW’s involvement in this litigation proves that the *LRA* has not functioned to stifle union activity. This claim is disputed by the appellants’ chief expert, Professor Judy Fudge, who notes that legislative protection is a necessary precondition for collective bargaining under Canadian labour relations legislation. As stated earlier in these reasons, it is only the right to associate that is at issue here, not the right to collective bargaining. Nevertheless, to suggest that s. 2(d) of the *Charter* is respected where an association is reduced to claiming a right to unionize would, in my view, make a mockery of freedom of association. The record shows that, but for the brief period covered by the *ALRA*, there has never been an agricultural workers’ union in Ontario. Agricultural workers have suffered repeated attacks on their efforts to unionize. Conversely, in those provinces where labour relations rights have been extended to agricultural workers, union density is higher than in Ontario (see Statistics Canada, *Annual Report of the Minister of Industry, Science and Technology under the Corporations and Labour Unions Returns Act, Part II, Labour Unions* (1992),

Le bien-fondé de cet argument dépend en partie de la manière plus ou moins stricte dont notre Cour définit la « syndicalisation ». L’intimée Fleming Chicks et l’intervenant Labour Issues Coordinating Committee favorisent tous deux une définition très stricte et font valoir que la participation de TUAC au présent litige montre que la *LRT* n’a pas étouffé l’activité syndicale. Le principal expert des appelants, le professeur Judy Fudge, réfute cette allégation en soulignant que l’existence d’une protection législative est une condition préalable nécessaire à la négociation collective dans le cadre de la législation canadienne des relations du travail. Comme je le dis plus haut, le droit d’association est le seul en cause en l’espèce, et non le droit à la négociation collective. Néanmoins, ce serait dévaloriser totalement la liberté d’association que de prétendre que l’al. 2d) de la *Charte* est respecté lorsqu’une association en est réduite à revendiquer le droit de se syndiquer. Il ressort du dossier que, sauf pour la brève période couverte par la *LRTA*, il n’y a jamais eu de syndicat de travailleurs agricoles en Ontario. Leurs efforts de syndicalisation se sont heurtés à des attaques répétées. À l’inverse, dans les provinces où les droits en matière de relations de travail ont été étendus aux travailleurs agricoles, le taux de syndicalisation est plus élevé qu’en Ontario (voir Statistique Canada, *Rapport annuel du ministre de*

at pp. 38-41). The respondents do not contest this evidence, nor do they deny that legislative protection is absolutely crucial if agricultural workers wish to unionize. Indeed, to suggest otherwise would contradict a widespread consensus among Parliament and the provincial legislatures that without certain minimum protections, the somewhat limited freedom to organize itself would be a hollow freedom. For these reasons, I readily conclude that the evidentiary burden has been met in this case: the appellants have brought this litigation because there is no possibility for association as such without minimum statutory protection.

(iii) The Exclusion of Agricultural Workers from the *LRA* Substantially Reinforces the Inherent Difficulty in Exercising the Freedom to Associate

Their freedom to organize having been substantially impeded by exclusion from protective legislation, it is still incumbent on the appellants to link this impediment to state, not just private action (see *Dolphin Delivery, supra*). On this point, the respondents argue that since agricultural workers are isolated, seasonal and relatively under-educated, this, along with the unfair labour practices of their employers, is what explains the difficulty in creating associations rather than the underinclusiveness of the legislation. On the other hand, the appellants argue that the above conditions are reinforced by legislation which fails to provide minimum protection of their freedom to organize and further isolates agricultural workers by excluding them from the general regime of labour relations.

In my view, the appellants' argument must prevail. What the legislature has done by reviving the *LRA* is not simply allow private circumstances to subsist; it has reinforced those circumstances by excluding agricultural workers from the only available channel for associational activity (see *Vriend*,

l'Industrie, des Sciences et de la Technologie présenté sous l'empire de la Loi sur les déclarations des personnes morales et des syndicats, Partie II, Syndicats ouvriers (1992), p. 38-41). Les intimés ne contestent pas cette preuve, pas plus qu'ils ne nient l'importance cruciale de la protection de la loi pour les travailleurs agricoles qui désirent se syndiquer. En fait, exprimer une opinion différente serait contraire au consensus général au sein du Parlement et des législatures provinciales selon lequel, sans certaines protections minimales, la liberté relativement limitée de s'organiser demeure un vœu pieux. C'est pourquoi je conclus sans hésiter qu'il a été satisfait à la charge de preuve : les appelants ont saisi les tribunaux parce qu'il n'y a aucune possibilité d'association comme telle sans un minimum de protection légale.

(iii) L'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* accroît considérablement la difficulté inhérente à l'exercice de la liberté d'association

Même si l'exclusion du régime de protection a substantiellement entravé l'exercice de leur liberté de s'organiser, les appelants doivent néanmoins établir un lien entre cette entrave et l'État, et non seulement avec un acte privé (voir *Dolphin Delivery*, précité). À cet égard, les intimés ont fait valoir que, puisque les travailleurs agricoles sont des travailleurs isolés, saisonniers et relativement peu instruits, ce sont ces conditions, combinées aux pratiques déloyales de leurs employeurs, qui expliquent leurs difficultés à constituer des associations, et non la portée limitative de la législation. Par contre, les appelants font valoir que la loi renforce les conditions précitées parce qu'elle n'apporte pas de protection minimum à leur liberté de s'organiser et qu'elle isole encore davantage les travailleurs agricoles en les excluant du régime général des relations de travail.

À mon avis, l'argument des appelants doit prévaloir. En rétablissant la *LRT*, le législateur n'a pas simplement permis le maintien de conditions privées, il a renforcé ces conditions en excluant les travailleurs agricoles de leur seul accès à l'activité associative (voir *Vriend*, précité, par. 99-103).

43

44

supra, at paras. 99-103). The most poignant chapter in this legislative history, but by no means the decisive one, is the *LRESLAA*. Through this enactment, the Ontario government not only renewed its commitment to preventing agricultural unions from collective bargaining, but prohibited even the voluntary recognition of agricultural associations, whatever their attributes might be. At the same time, it must be presumed that the legislature understood the history of labour relations and remained of the view that a protective regime was essential to the exercise of freedom of association in this area.

Le chapitre le plus poignant de cette évolution législative, mais certainement pas le plus décisif, est la *LMLRTE*. Par cette loi, le gouvernement de l'Ontario a non seulement réitéré son engagement à interdire la négociation collective aux syndicats agricoles, mais il a également interdit le reconnaissance volontaire des associations agricoles, quels que soient leurs attributs. En même temps, il faut présumer que le législateur était au fait de l'histoire des relations de travail et demeurerait d'avis qu'un régime de protection était essentiel à l'exercice de la liberté d'association dans ce secteur.

45

The most palpable effect of the *LRESLAA* and the *LRA* is, in my view, to place a chilling effect on non-statutory union activity. By extending statutory protection to just about every class of worker in Ontario, the legislature has essentially discredited the organizing efforts of agricultural workers. This is especially true given the relative status of agricultural workers in Canadian society. In *Delisle*, *supra*, I linked RCMP officers' ability to associate to their relative status, comparing them with the armed forces, senior executives in the public service and judges. The thrust of this argument was that if the *PSSRA* sought to discourage RCMP officers from associating, it could not do so in light of their relative status, their financial resources and their access to constitutional protection. By contrast, it is hard to imagine a more discouraging legislative provision than s. 3(b) of the *LRA*. The evidence is that the ability of agricultural workers to associate is only as great as their access to legal protection, and such protection exists neither in statutory nor constitutional form. Moreover, agricultural workers already possess a limited sense of entitlement as a result of their exclusion from other protective legislation related to employment standards and occupational health and safety (see *Employment Standards Act Regulations*, R.R.O. 1990, Reg. 325, s. 3(1)(i), excluding most agricultural workers from Parts IV-VIII of the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14; *Occupational Health and Safety Act*, R.S.O. 1990, c. O.1, s. 3(2)). In this context, the effect of s. 3(b) of the *LRA* is not simply to perpetuate an existing inability to organize, but to

L'effet le plus manifeste de la *LMLRTE* et de la *LRT* est, à mon avis, de paralyser l'activité syndicale hors d'un cadre légal. En étendant la protection de la loi à presque toutes les catégories de travailleurs en Ontario, le législateur a essentiellement discrédité les efforts d'organisation des travailleurs agricoles. Cela est particulièrement vrai compte tenu du statut relatif des travailleurs agricoles dans la société canadienne. Dans *Delisle*, précité, j'établis un lien entre la capacité des agents de la GRC de s'associer et leur statut relatif, en les comparant aux membres des forces armées, aux hauts fonctionnaires et aux juges. L'idée centrale de cet argument est que si la *LRTFP* visait à dissuader les agents de la GRC de s'associer, elle ne pouvait atteindre cet objectif étant donné leur statut relatif, leurs ressources financières et leur accès à la protection constitutionnelle. À l'opposé, il est difficile d'imaginer une disposition législative plus dissuasive que l'al. 3b) de la *LRT*. La preuve montre que la capacité des travailleurs agricoles de s'associer est proportionnelle à la protection légale, et que cette protection ne leur est donnée ni par un texte législatif ni par la Constitution. De plus, à cause de leur exclusion d'autres régimes de protection (normes d'emploi, santé et sécurité au travail), les travailleurs agricoles ont un sens limité de leurs droits (voir *Règlements en application de la Loi sur les normes d'emploi*, R.R.O. 1990, Règl. 325, al. 3(1)(i), excluant la plupart des travailleurs agricoles des parties IV à VIII de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14; *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, L.R.O. 1990, ch. O.1, par. 3(2)). Dans ce contexte, l'al. 3b) de la *LRT* n'a pas seulement pour effet de perpétuer une incapacité

exert the precise chilling effect I declined to recognize in *Delisle*.

Conversely, the didactic effects of labour relations legislation on employers must not be underestimated. It is widely accepted that labour relations laws function not only to provide a forum for airing specific grievances, but for fostering dialogue in an otherwise adversarial workplace. As P. Weiler has written, unionization introduces a form of political democracy into the workplace, subjecting employer and employee alike to the “rule of law” (see *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), at pp. 31-32). In this context, the wholesale exclusion of agricultural workers from a labour relations regime can only be viewed as a stimulus to interfere with organizing activity. The exclusion suggests that workplace democracy has no place in the agricultural sector and, moreover, that agricultural workers’ efforts to associate are illegitimate. As surely as *LRA* protection would foster the “rule of law” in a unionized workplace, exclusion from that protection privileges the will of management over that of the worker. Again, a contrast to *Delisle*, *supra*, is apposite: a government employer is less likely than a private employer to take exclusion from protective legislation as a green light to commit unfair labour practices, as its employees have direct recourse to the *Charter*.

For these reasons, I believe it is inappropriate for the Ontario Legislature to distance itself from the effects of the *LRA* and the *LRESLAA*. The enactment of the *Collective Bargaining Act, 1943* reflected the legislature’s awareness of employer unfair labour practices and its concomitant recognition that legislation was necessary to enable workers’ freedom of association. The *Collective Bargaining Act, 1943* was enacted against a background of staunch resistance to the labour movement; in large part, it was intended to prevent discrimination against union members. In this context, the exclusion of an entire category of workers

existante de s’organiser, mais de créer précisément l’effet paralysant que j’ai refusé de reconnaître dans *Delisle*.

Inversement, il ne faut pas sous-estimer la valeur didactique d’une loi sur les relations de travail pour les employeurs. Il est largement reconnu que la législation du travail offre non seulement une tribune pour faire valoir des griefs précis, mais qu’elle favorise aussi le dialogue dans un milieu de travail conflictuel. Comme l’écrit P. Weiler, la syndicalisation établit une sorte de démocratie politique sur le lieu de travail, assujettissant l’employeur et l’employé à la « règle de droit » (voir *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law* (1980), p. 31-32). Dans ce contexte, l’exclusion en bloc des travailleurs agricoles d’un régime de relations de travail ne peut être perçue que comme une incitation à entraver l’activité associative. L’exclusion donne à penser que la démocratie au travail n’a pas sa place dans le secteur agricole et, de plus, que les efforts d’association des travailleurs agricoles ne sont pas légitimes. Aussi certainement que la protection de la *LRT* favoriserait l’application de la « règle de droit » dans un lieu de travail syndiqué, l’exclusion du régime de protection revient à privilégier la volonté patronale par rapport à celle du travailleur. Encore une fois, il faut faire une distinction avec *Delisle*, précité : un employeur gouvernemental, dont les employés peuvent recourir directement à la *Charte*, est moins susceptible qu’un employeur privé de considérer l’exclusion du régime légal de protection comme l’autorisation de se livrer à des pratiques déloyales de travail.

Pour ces motifs, j’estime qu’il est inapproprié que la législature de l’Ontario prenne ses distances par rapport aux effets de la *LRT* et de la *LMLRTE*. L’adoption de la *Collective Bargaining Act, 1943* résultait de ce qu’elle était consciente de l’existence de pratiques déloyales de travail et reconnaissait qu’elle devait légiférer pour permettre aux travailleurs d’exercer leur liberté d’association. La *Collective Bargaining Act, 1943* a été adoptée dans un contexte d’opposition farouche au mouvement ouvrier et elle visait en grande partie à empêcher la discrimination contre les syndiqués. Dans ces circonstances, l’exclusion d’une catégorie entière

46

47

from the *LRA* can only be viewed as a foreseeable infringement of their *Charter* rights. It was obviously open to the respondents to argue that the legislature has since altered its view of the need for protective legislation and that the *LRA* is not even required for the majority of workers today. However, by reviving the exclusion in 1995 and providing time-limited protection against penalty and reprisal, the legislature clearly acknowledged otherwise (see *LRESLAA*, s. 81(1)). In essence, after recognizing agricultural workers' need for protection, the legislature made things more difficult for them by excluding them from the protective regime put in place in 1943. For these reasons, the respondents cannot claim that circumstances have changed substantially since the enactment of the *Collective Bargaining Act, 1943*; rather, it can only justify the exclusion of agricultural workers on the basis of collateral concerns such as the protection of the family farm and the need to maintain a competitive agricultural sector — issues which, needless to say, must be considered under s. 1 of the *Charter*.

de travailleurs de la *LRT* ne peut être assimilée qu'à une atteinte prévisible aux droits garantis par la *Charte*. Les intimés pouvaient bien sûr faire valoir que le législateur a depuis lors changé d'avis quant à la nécessité d'un régime légal de protection et que la *LRT* n'est même plus nécessaire de nos jours pour la majorité des travailleurs. Cependant, en faisant revivre l'exclusion en 1995 et en prévoyant une protection limitée dans le temps contre les peines et les représailles, le législateur a clairement manifesté le contraire (voir *LMLRTE*, par. 81(1)). Pour l'essentiel, après avoir reconnu le besoin de protection des travailleurs agricoles, le législateur a aggravé leur situation en les excluant du régime de protection en place en 1943. C'est pourquoi les intimés ne peuvent prétendre que la situation a beaucoup changé depuis l'adoption de la *Collective Bargaining Act, 1943*; en réalité, ils ne peuvent justifier l'exclusion des travailleurs agricoles que par des considérations accessoires, comme la protection de la ferme familiale et la nécessité de maintenir la compétitivité du secteur agricole — des éléments qui, bien sûr, doivent être examinés en fonction de l'article premier de la *Charte*.

48

In sum, I believe it is reasonable to conclude that the exclusion of agricultural workers from the *LRA* substantially interferes with their fundamental freedom to organize. The inherent difficulties of organizing farm workers, combined with the threats of economic reprisal from employers, form only part of the reason why association is all but impossible in the agricultural sector in Ontario. Equally important is the message sent by s. 3(b) of the *LRA*, which delegitimizes associational activity and thereby ensures its ultimate failure. Given these known and foreseeable effects of s. 3(b), I conclude that the provision infringes the freedom to organize and thus violates s. 2(d) of the *Charter*.

B. Section 1

49

Having established a violation of s. 2(d) of the *Charter*, the question arises as to whether exclusion from the *LRA* constitutes a reasonable limit on agricultural workers' freedom to organize. In this regard, s. 1 of the *Charter* obliges the respondents, as the

En résumé, j'estime qu'il est raisonnable de conclure que l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* porte substantiellement atteinte à leur liberté fondamentale de s'organiser. Les difficultés inhérentes à l'organisation des travailleurs agricoles, de pair avec le risque de représailles financières de la part de l'employeur, n'expliquent qu'en partie l'impossibilité d'association dans le secteur agricole en Ontario. Tout aussi important est le message que transmet l'al. 3b) de la *LRT*, qui retire à l'activité associative sa légitimité et assure ultimement son échec. Vu ces effets connus et prévisibles de l'al. 3b), je conclus que la disposition porte atteinte à la liberté d'association et, par conséquent, à l'al. 2d) de la *Charte*.

B. L'article premier

Une fois établie l'atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*, se pose la question de savoir si l'exclusion de la *LRT* restreint la liberté syndicale des travailleurs agricoles dans des limites qui sont raisonnables. À cet égard, l'article premier de la *Charte* oblige les

parties seeking to uphold the limitation, to establish both that the objective underlying the limitation is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom, and that the means chosen to reach this objective are proportionate (see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 136-39). This analysis must be undertaken with a close attention to the factual and social context surrounding the enactment of the *LRA*; as I noted in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87, “context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right”. The contextual factors established in *Thomson Newspapers* and subsequent cases will prove especially helpful at the minimum impairment stage of the s. 1 analysis.

(1) Sufficiently Important Objective

According to settled s. 1 jurisprudence, the respondents must establish that the objectives of the infringing measures, in this case s. 80 of the *LRESLAA* and s. 3(b) of the *LRA*, “are of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom” (*Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 352). The appellants argue that these objectives must be those “that originally motivated the government action in question”, and that “[t]he exclusion contained in the 1943 Act simply followed the approach taken in the U.S. *Wagner Act* which had excluded agricultural workers on racial grounds”. In support of this view, the appellants note that at the time the *Wagner Act* was enacted, agricultural workers in the American South were predominantly Black and, due to their alienation from the political process, were unable to prevail over the will of powerful Southern Democrats. In my view, this argument confuses the objective underlying the passage of the 1943 Act with the social and political factors surrounding its enactment. While it may be that Southern Democrats held the balance of power at the time the *Wagner Act* was enacted, and further that the majority of agricultural workers lacked

intimés, en tant que parties recherchant le maintien de la restriction, à prouver à la fois que l’objectif qui sous-tend cette restriction revêt une importance suffisante pour justifier la suppression d’un droit ou d’une liberté garantis par la Constitution, et que le moyen retenu pour atteindre cet objectif est proportionné (voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136-139). Dans cette analyse, il faut porter une grande attention au contexte factuel et social dans lequel la *LRT* a été adoptée; comme je le signale dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87, « le contexte est l’indispensable support qui permet de bien qualifier l’objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d’apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l’objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte* ». Les facteurs contextuels énoncés dans *Thomson Newspapers* et des arrêts postérieurs seront particulièrement utiles à l’étape atteinte minimale de l’analyse fondée sur l’article premier.

(1) Objectif suffisamment important

Suivant la jurisprudence de l’article premier, les intimés doivent établir que les objectifs des mesures attentatoires, en l’occurrence l’art. 80 de la *LMLRTE* et l’al. 3b) de la *LRT*, « sont suffisamment importants pour justifier la suppression d’un droit ou d’une liberté garantis par la Constitution » (*Big M Drug Mart*, précité, p. 352). Les appelants font valoir que ces objectifs doivent être ceux [TRADUCTION] « qui ont initialement incité le gouvernement à prendre la mesure en cause » et que « [l’]exclusion prévue dans la loi de 1943 s’inspirait simplement de la *Loi Wagner* des États-Unis, qui excluait les travailleurs agricoles pour des motifs raciaux ». À l’appui de cette opinion, ils soulignent qu’à l’époque de l’adoption de la *Loi Wagner*, les travailleurs agricoles du sud des États-Unis, étaient majoritairement de race noire et n’étaient pas, du fait de leur marginalisation politique, en mesure d’infléchir la volonté des puissants démocrates du sud. À mon sens, cet argument confond l’objectif de la loi de 1943 avec le contexte social et politique de son adoption. Même si l’on peut prétendre que les démocrates du sud détenaient la balance du pouvoir au moment de l’adoption de la *Loi Wagner*

access to the political process on account of their race, this does not prove that these workers were excluded “on racial grounds”. What it establishes, rather, is that the “administrative reasons” cited for excluding agricultural workers were accepted without debate because the workers themselves lacked an effective political voice. While this undoubtedly taints the legacy of the *Wagner Act* and the *LRA*, it does not alter the apparent policy objectives underlying the exclusion of agricultural workers.

et, en outre, que la majorité des travailleurs agricoles n’avaient pas accès au processus politique à cause de leur race, cela ne prouve pas que ces travailleurs étaient exclus « pour des motifs raciaux ». Cela prouve plutôt que les « raisons administratives » invoquées pour justifier l’exclusion des travailleurs agricoles ont été acceptées sans débat parce que les travailleurs eux-mêmes n’étaient pas véritablement représentés sur la scène politique. Même si ces éléments entachent incontestablement l’héritage de la *Loi Wagner* et de la *LRT*, cela ne change rien aux objectifs généraux qui paraissent sous-tendre l’exclusion des travailleurs agricoles.

51

The respondent Attorney General for Ontario proffers two broad objectives in this case, no doubt designed to avert the suggestion that its objectives have shifted since the 1943 Act:

- (1) to recognize the unique characteristics of Ontario agriculture and its resulting incompatibility with legislated collective bargaining; and
- (2) to further the purpose of the *LRA* by extending legislated collective bargaining only to fields of employment where the Act’s purposes can be realized.

While it is widely recognized that certain occupations may, in certain cases, be incompatible with collective bargaining, the judiciary and some essential services, for example, it is less certain that agricultural workers fall into this category. The Attorney General tenders extensive affidavit evidence on this point, arguing that the prevalence of the “family farm” and the vulnerability of the agricultural production process militate against legislated collective bargaining. For their part, the appellants maintain that the family farm no longer typifies Ontario agriculture and that the vulnerability of the agricultural production process, assuming it exists, does not militate against legislated collective bargaining. This discussion is however somewhat irrelevant in that the breach of the right of association does not extend to collective bargaining. What the government of Ontario must justify with regard to this appeal is its

Le procureur général de l’Ontario, intimé, avance deux objectifs généraux en l’espèce, dans le but manifeste de parer l’allégation que les objectifs ont changé depuis la loi de 1943 :

- (1) reconnaître les caractéristiques uniques de l’agriculture de l’Ontario et l’incompatibilité qui en résulte avec un régime légal de négociation collective et
- (2) réaliser l’objet de la *LRT* en établissant un régime légal de négociation collective dans les seuls secteurs d’emploi où les objectifs de la loi peuvent être atteints.

Même s’il est généralement admis que certains domaines d’emploi peuvent, dans certains cas, ne pas se prêter à la négociation collective, comme le domaine judiciaire et certains services essentiels, on peut douter que ce soit le cas du travail agricole. Le procureur général offre à cet égard une volumineuse preuve par affidavits, faisant valoir que la prédominance de la « ferme familiale » et la vulnérabilité du processus de production agricole militent contre l’instauration d’un régime légal de négociation collective. Pour leur part, les appelants soutiennent que la ferme familiale ne caractérise plus l’agriculture de l’Ontario et que la vulnérabilité du processus de production agricole, si elle existe, ne milite pas contre l’établissement d’un régime légal de négociation collective. Le débat est un peu oiseux puisque la violation du droit d’association ne touche pas la négociation collective. Ce que le gouvernement de l’Ontario doit justifier, dans le pourvoi, est l’entrave

substantial interference with the right to form agricultural associations.

Judging from the parties' evidence, I am satisfied both that many farms in Ontario are family-owned and -operated, and that the protection of the family farm is a pressing enough objective to warrant the infringement of s. 2(d) of the *Charter*. The fact that Ontario is moving increasingly towards corporate farming and agribusiness does not, in my view, diminish the importance of protecting the unique characteristics of the family farm; on the contrary, it may even augment it. Perhaps more importantly, the appellants do not deny that the protection of the family farm is, at least in theory, an admirable objective. The choice to "pursue the pastoral path" implies a unique and non-commercial way of life; this way of life is entitled, according to many, to the same level of protection as "that which prevails in our factories and office buildings" (D. M. Beatty, *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code* (1987), at p. 91). If providing this protection means restraining the activities of those who would interfere with that choice, the appropriate response is not to deny the protection, however, but to balance these interests against one another. Such balancing, in my view, is the essence of s. 1 of the *Charter* (see *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 97). As Professor Beatty puts it, at p. 91, "the freedom of those who choose to experience their lives in such non-commercial, self-sustaining ways may justify restraining the freedom of others who would wish to associate with them in a way which would threaten or deny them the opportunity to realize their choice".

With respect to the economic rationale, I disagree with the appellants that "[t]he Government has provided no evidence that the Ontario agricultural sector is in a fragile competitive position or that it is likely to be substantially affected by small changes in the cost and operating structure of Ontario farming". The Attorney General notes that agriculture occupies a volatile and highly competitive part of the private sector economy, that it experiences disproportionately thin profit margins and that its seasonal character makes it

substantielle à l'exercice du droit de former des associations agricoles.

La preuve en l'espèce me convainc à la fois qu'il existe en Ontario de nombreuses fermes dont la propriété et l'exploitation revêtent un caractère familial; et que la protection de ce caractère familial est un objectif suffisamment urgent pour justifier l'atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*. Le fait que l'Ontario s'oriente de plus en plus vers l'exploitation commerciale et l'agro-industrie ne diminue pas, à mon avis, l'importance de protéger les caractéristiques uniques de la ferme familiale; au contraire, il peut même l'accroître. De plus, les appelants ne nient pas que la protection de la ferme familiale soit, du moins en théorie, un objectif louable. Le choix de [TRADUCTION] « persévérer dans la voie pastorale » implique un mode de vie unique et non commercial; selon beaucoup, ce mode de vie mérite la même protection [TRADUCTION] « que l'usine ou le bureau » (D. M. Beatty, *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code* (1987), p. 91). Si fournir cette protection signifie restreindre les activités de ceux qui compromettraient ce choix, la réaction appropriée n'est pas de refuser la protection, mais de soupeser les intérêts des uns et des autres. Cette pondération, à mon sens, participe de l'essence même de l'article premier de la *Charte* (voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 97). Comme le dit le professeur Beatty, p. 91, [TRADUCTION] « la liberté des personnes qui privilégient le non-commercial et l'autosuffisance peut justifier de restreindre la liberté des personnes qui souhaiteraient s'associer à elles d'une manière susceptible de menacer ou de nier ce choix ».

En ce qui concerne la justification économique, je ne partage pas l'avis des appelants selon lequel [TRADUCTION] « [l]e gouvernement n'a aucunement établi que le secteur agricole ontarien est dans une situation concurrentielle précaire ou qu'il pourrait être touché substantiellement par des modifications minimales de la structure des coûts et de l'exploitation ». Le procureur général note que l'agriculture est un secteur volatile et hautement concurrentiel de l'économie privée, que ses marges de profit sont disproportionnellement minces et que

particularly vulnerable to strikes and lockouts. Moreover, these characteristics were readily accepted by the Task Force leading to the adoption of the *ALRA*, which recommended a system of compulsory arbitration in order to guard against the economic consequences of strikes and lockouts (see Task Force on Agricultural Labour Relations (Ontario), *Second Report to the Minister of Labour* (November 1992), at pp. 2 and 7). Whether such a recommendation is more constitutionally reasonable than a wholesale exclusion of agricultural workers is, in my view, an issue of proportionality rather than pressing and substantial objective. In other words, accepting the importance of protecting the family farm and ensuring farm productivity, the crucial question is whether the total exclusion of agricultural workers from the *LRA* is (1) a rational way of achieving this objective, (2) a measured response to this objective, and (3) not so severe in its effects that the *Charter* breach outweighs the objective's importance (*Oakes, supra*).

(2) Proportionality

(a) *Rational Connection*

54

At this stage, the question is whether a wholesale exclusion of agricultural workers from the *LRA* is carefully tailored to meet its stated objectives. Put differently, can the formation of agricultural unions rationally be regarded as a threat to the unique characteristics of Ontario's agriculture? Or conversely, does a regime which substantially impedes the right to form agricultural unions advance the cause articulated by the Attorney General? In my view, the Attorney General has demonstrated that unionization involving the right to collective bargaining and to strike can, in certain circumstances, function to antagonize the family farm dynamic. The reality of unionization is that it leads to formalized labour-management relationships and gives rise to a relatively formal process of negotiation and dispute resolution; indeed, this may well be its principal advantage over a system of informal industrial relations. In this context, it is reasonable

son caractère saisonnier la rend particulièrement vulnérable aux grèves et aux lock-out. En outre, ces caractéristiques ont été reconnues d'emblée par le Groupe d'étude à l'origine de la *LRTA*, qui a recommandé un système d'arbitrage obligatoire pour parer aux conséquences financières des grèves et des lock-out (voir *Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole* (Ontario), *Second Report to the Minister of Labour* (novembre 1992), p. 2 et 7). À mon avis, la question de savoir si une telle recommandation est plus raisonnable sur le plan constitutionnel que l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles relève davantage de la proportionnalité que de l'existence d'un objectif urgent et réel. Autrement dit, une fois reconnue l'importance de protéger la ferme familiale et d'assurer la productivité du secteur agricole, la question cruciale est de savoir si l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* (1) est un moyen rationnel d'atteindre cet objectif, (2) une mesure proportionnée à cet objectif et (3) n'a pas de répercussions graves au point que l'atteinte à la *Charte* l'emporte sur l'importance de l'objectif (*Oakes, précité*).

(2) Proportionnalité

a) *Lien rationnel*

À cette étape, il faut déterminer si l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles de la *LRT* est une mesure soigneusement conçue pour atteindre les objectifs explicites de cette loi. En d'autres termes, la formation de syndicats agricoles peut-elle rationnellement être considérée comme une menace pour les caractéristiques uniques de l'agriculture ontarienne? Ou à l'inverse, un régime qui entrave considérablement le droit de former des syndicats agricoles fait-il progresser la cause défendue par le procureur général? À mon avis, ce dernier a établi que, dans certains cas, la syndicalisation comportant le droit de négociation collective et le droit de grève peut rendre conflictuelle la dynamique de la ferme familiale. Dans les faits, la syndicalisation fait naître des rapports formels entre employés et employeurs et donne lieu à un processus relativement formel de négociation et de règlement des différends; c'est d'ailleurs peut-être là son

to speculate that unionization will threaten the flexibility and cooperation that are characteristic of the family farm and distance parties who are otherwise, to use the respondent's words, "interwoven into the fabric of private life" on the farm. That said, I hasten to add that this concern ought only be as great as the extent of the family farm structure in Ontario and that it does not necessarily apply to the right to form an agricultural association. In cases where the employment relationship is formalized to begin with, preserving "flexibility and co-operation" in the name of the family farm is not only irrational, it is highly coercive. The notion that employees should sacrifice their freedom to associate in order to maintain a flexible employment relationship should be carefully circumscribed, as it could, if left unchecked, justify restrictions on unionization in many sectors of the economy.

Even less convincing than Ontario's family farm policy, in my view, is a policy of denying the right of association to agricultural workers on economic grounds. While this may be a rational policy in isolation, it is nothing short of arbitrary where collective bargaining rights have been extended to almost every other class of worker in Ontario. The reality, as acknowledged by all parties to this appeal, is that many industries experience thin profit margins and unstable production cycles; this may be due to unpredictable and time-sensitive weather conditions, as in the case of agriculture, or to other factors such as consumer demand and international competition. In my view, it would be highly arbitrary to accept this reasoning in respect of almost every industry in Ontario, only to extend it in respect of vulnerable agricultural workers to the point of denying them the right to associate. As Professor Beatty has written, "[i]f indeed collective bargaining increases the costs of labour to the overall detriment of society, then our legislators should repeal the legislation in its entirety rather than selectively exclude those most in need of its protection" (Beatty, *supra*, at p. 90). I conclude that the respondents have not

principal avantage sur un système de relations de travail informelles. Dans ce contexte, il est raisonnable de craindre que la syndicalisation compromette la souplesse et la collaboration caractéristiques de la ferme familiale et éloigne des personnes qui sont par ailleurs, selon l'intimé, [TRADUCTION] « interdépendantes dans la vie privée » à la ferme. Cela dit, je m'empresse d'ajouter que cette inquiétude ne devrait pas déborder le cadre de l'exploitation agricole familiale en Ontario et qu'elle ne touche pas nécessairement le droit de former une association agricole. Lorsque les relations de travail sont déjà formelles, préserver la souplesse et la collaboration au nom d'un mode d'exploitation familial est non seulement irrationnel, mais aussi hautement coercitif. L'idée que des employés devraient renoncer à leur liberté de s'associer afin de préserver la souplesse des relations de travail devrait être soigneusement circonscrite car elle pourrait, en l'absence de balises, justifier la restriction de la syndicalisation dans de nombreux secteurs économiques.

À mon avis, la justification économique de la négation du droit des travailleurs agricoles de s'associer est encore moins convaincante que la politique de préservation de la ferme familiale. Bien que, considérée isolément, elle puisse être rationnelle, elle est totalement arbitraire dans un contexte où le droit de négociation collective est accordé à presque toutes les autres catégories de travailleurs en Ontario. Toutes les parties au pourvoi reconnaissent qu'en réalité de nombreux secteurs d'activité ont des marges de profit minimes et des cycles de production instables; cela peut être imputable à l'imprévisibilité et à la variabilité des conditions météorologiques, comme en agriculture, ou à d'autres facteurs comme la demande du consommateur et la concurrence internationale. Selon moi, il serait extrêmement arbitraire de reconnaître la justesse de ce raisonnement pour la quasi-totalité des secteurs d'activité en Ontario, mais de l'appliquer aux travailleurs agricoles vulnérables au point de leur refuser le droit de s'associer. Comme l'écrit Beatty, [TRADUCTION] « [s]i effectivement la négociation collective accroît le coût de la main-d'œuvre au détriment général de la société, le législateur devrait alors abroger la législation en totalité

met the onus of proof with regard to the economic rationale.

(b) *Minimum Impairment*

56

The next issue is whether recognizing the unique characteristics of Ontario agriculture and its resulting incompatibility with the formation of agricultural associations as a reasonable minimum justifies the complete exclusion of agricultural workers from the *LRA*. The *LRA* excludes all persons “employed in agriculture, hunting or trapping” from its application, defining agriculture as “farming in all its branches, including dairying, beekeeping, aquaculture, the raising of livestock including non-traditional livestock, furbearing animals and poultry, the production, cultivation, growing and harvesting of agricultural commodities, including eggs, maple products, mushrooms and tobacco, and any practices performed as an integral part of an agricultural operation” (see *LRA*, s. 1(1)). This provision has been broadly interpreted by Ontario’s Labour Relations Board, albeit with some reluctance and interpretive difficulty. In *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813, for example, a majority of the board denied *LRA* certification to the employees of a mushroom factory, even though the actual growing of the mushrooms took place within a single-storey concrete block building. The majority of the board recognized that the employer’s operation did “not differ in any material respect from a typical manufacturing plant”, but it concluded that the growing of mushrooms constituted an agricultural activity in the ordinary sense of the term (p. 819). In other cases, the board has denied *LRA* protection to stationary engineers employed at a greenhouse, truck drivers hired to transport chickens and employees of a chicken hatchery (see *Calvert-Dale Estates Ltd.*, [1971] O.L.R.B. Rep. Feb. 58; *Spruceleigh Farms*, [1972] O.L.R.B. Rep. Oct. 860; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, application for judicial review dismissed (1988), 66 O.R. (2d) 284 (Div. Ct.), aff’d (1989), 70 O.R. (2d) 179 (C.A.), aff’d [1991] 2 S.C.R. 5;

au lieu d’exclure sélectivement ceux qui ont le plus besoin de sa protection » (Beatty, *op. cit.*, p. 90). Je conclus que les intimés ne se sont pas acquittés du fardeau de la preuve de la justification économique.

b) *Atteinte minimale*

La question qui se pose ensuite est de savoir si la reconnaissance des caractéristiques uniques de l’agriculture ontarienne et de l’incompatibilité qui en résulte avec la formation d’associations agricoles justifie, comme restriction minimale raisonnable, l’exclusion complète des travailleurs agricoles de la *LRT*. Cette loi ne s’applique pas « à la personne qui est employée à l’agriculture, à la chasse ou au piégeage », et elle définit l’agriculture comme étant « tous ses domaines d’activité, notamment la production laitière, l’apiculture, l’aquiculture, l’élevage du bétail, dont l’élevage non traditionnel, l’élevage des animaux à fourrure et de la volaille, la production, la culture et la récolte de produits agricoles, y compris les œufs, les produits de l’érable, les champignons et le tabac, et toutes les pratiques qui font partie intégrante d’une exploitation agricole » (*LRT*, par. 1(1)). Cette disposition a été interprétée de manière extensive par la Commission des relations de travail de l’Ontario, bien qu’avec une certaine réticence et des difficultés d’interprétation. Par exemple, dans *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813, la majorité des commissaires a refusé l’accreditation d’un syndicat regroupant les employés d’une champignonnière sur le fondement de la *LRT*, même si la culture des champignons comme telle se faisait à l’intérieur d’un bâtiment d’un seul étage en blocs de béton. La majorité a reconnu que l’entreprise de l’employeur [TRADUCTION] « ne différait pas, sous aucun aspect important, d’une véritable usine de fabrication » (p. 819), mais elle a conclu que la culture de champignons était une activité agricole au sens ordinaire du terme. Dans d’autres cas, la Commission a refusé la protection de la *LRT* à des opérateurs de machines fixes travaillant dans une serre, à des camionneurs faisant le transport de poulets et aux employés d’un couvoir (voir *Calvert-Dale Estates Ltd.*, [1971] O.L.R.B. Rep. Feb. 58, *Spruceleigh Farms*, [1972] O.L.R.B. Rep. Oct. 860, *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468,

see also, G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 6-49 and 6-50).

The Attorney General claims, rightly in my view, that to exclude a given occupation from the *LRA* “involves a weighing of complex values and policy considerations that are often difficult to balance” and that this balancing “will in large part depend upon the particular perspective, priorities, views, and assumptions of the policy makers, as well as the political and economic theory to which they subscribe”. Similar statements have been made about labour relations generally, which have been described as “an extremely sensitive subject” premised on “a political and economic compromise between organized labour — a very powerful socio-economic force — on the one hand, and the employers of labour — an equally powerful socio-economic force — on the other” (*Alberta Reference, supra, per McIntyre J.*, at p. 414). Policy choices are based on value judgments. This Court will only interfere with such choices where a more fundamental value is at stake and where it is apparent that a free and democratic society cannot permit the policy to interfere with the right in the circumstances of the case. The basis for the policy choice must be questioned strictly. It is not the motive of the legislature that is at issue, but the foundation for its policy. What is justified is that which is based on a general public purpose, is practically necessary and has a rational basis that can be supported after a normative evaluation of the area of intervention. Given the delicate balance between interests that is required here, as well as the added complexity of protecting the character of the family farm, one might be tempted to conclude that a wide margin of deference is owed to the enacting legislature when applying the minimum impairment test (see *Thomson Newspapers, supra*, at paras. 111-15). However, as outlined in *Thomson Newspapers*, political complexity is not the deciding factor in establishing a margin of deference under s. 1. Rather, the margin will vary according to whether legislature has (1) sought a balance between the interests of competing groups, (2) defended a vulnerable group with a subjective

demande de contrôle judiciaire rejetée (1988), 66 O.R. (2d) 284 (C. div.), conf. par (1989), 70 O.R. (2d) 179 (C.A.), conf. par [1991] 2 R.C.S. 5; voir aussi, G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 6-49 et 6-50).

Le procureur général fait valoir, à juste titre selon moi, qu’avant de soustraire un domaine d’activité à la *LRT*, [TRADUCTION] « il faut sopeser des valeurs et des considérations de principe complexes souvent difficiles à mettre en équilibre », et que cette pondération « dépend largement de la perspective, des priorités, des opinions et des hypothèses particulières du décideur, ainsi que de la théorie politique et économique à laquelle il adhère ». Des observations semblables ont été formulées concernant le droit du travail en général, un « sujet [. . .] extrêmement délicat » fondé sur « un compromis politique et économique entre d’une part, le syndicalisme, qui constitue une force socio-économique fort puissante, et d’autre part, le patronat, qui constitue une force socio-économique tout aussi puissante » (*Renvoi relatif à l’Alberta*, précité, le juge McIntyre, p. 414). Les choix politiques s’appuient sur des jugements de valeur. Notre Cour n’intervient dans ces choix que lorsqu’une valeur plus fondamentale est en jeu et qu’il appert qu’une société libre et démocratique ne peut tolérer que la politique compromette l’exercice du droit dans les circonstances de l’espèce. Le fondement du choix politique doit faire l’objet d’un contrôle strict. Ce n’est pas la motivation du législateur qui est en cause, mais le fondement de sa politique. Ce qui est justifié est ce qui est fondé sur l’intérêt public en général, ce qui est nécessaire en pratique et ce qui a un fondement rationnel qui résiste à l’évaluation normative du champ d’intervention. Vu l’équilibre délicat à trouver en l’espèce entre les intérêts en jeu, ainsi que la difficulté supplémentaire que comporte la protection de l’exploitation agricole familiale, on peut être tenté de conclure qu’il y a lieu de déférer largement au législateur sur la question de l’atteinte minimale (voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 111-15). Cependant, notre Cour précise dans cet arrêt que la difficulté politique n’est pas un facteur décisif lorsqu’il s’agit de déterminer le degré de déférence aux fins de l’article premier. Le degré de déférence variera selon que le législateur (1) a sopesé les

apprehension of harm, (3) chosen a remedy whose effectiveness cannot be measured scientifically, and (4) suppressed an activity whose social or moral value is relatively low. In my view, these factors on the whole favour a strict application of the minimum impairment test in the context of this appeal.

intérêts des groupes opposés, (2) a défendu un groupe vulnérable ayant une crainte subjective de préjudice, (3) a opté pour une mesure dont l'efficacité ne peut être évaluée scientifiquement et (4) a supprimé une activité dont la valeur sociale ou morale est relativement minime. J'estime que, dans l'ensemble, ces facteurs militent en faveur d'une application stricte du critère de l'atteinte minimale dans le contexte du présent pourvoi.

58

In *Delisle, supra*, Cory and Iacobucci JJ. applied the above factors to a provision much like the one impugned in this case, concluding that “none of the contextual factors discussed by Bastarache J. in *Thomson Newspapers* favours an exercise of deference to the legislature” (para. 128 (emphasis in original)). In my view, this analysis should be applied to this case with two minor exceptions. With respect to the second factor, the vulnerable group at issue in this case is a constituency of family farmers whose unique way of life stands to be jeopardized by collective bargaining legislation. This suggests that the margin of deference ought to be widened, although I hasten to add that the appellants also represent a vulnerable group worthy of legislative protection. The third factor yields a similarly ambiguous result. On the one hand, there is no concrete evidence to refute the conclusion that totally excluding agricultural workers from the *LRA* achieves the legislature's objectives. Nor is there any scientific way of measuring whether the formation of agricultural unions undermines the family farm lifestyle. However, one can surely draw on statistical evidence, as both parties have in this case, to determine the prevalence of the family farm in Ontario. Given the centrality of this issue to the respondents' case, it would be inappropriate to accord deference to the legislature and avoid evaluating their statistical claims.

Dans *Delisle*, précité, les juges Cory et Iacobucci appliquent ces facteurs à une disposition assez semblable à celle en l'espèce et concluent qu'« aucun des facteurs contextuels analysés par le juge Bastarache dans *Thomson Newspapers* ne favorise la retenue judiciaire envers le législateur » (par. 128 (souligné dans l'original)). Je suis d'avis d'appliquer cette analyse en l'espèce, sous réserve de deux exceptions mineures. Sur le deuxième facteur, le groupe vulnérable est un ensemble d'agriculteurs familiaux dont le mode d'existence unique risque d'être compromis par le régime légal de négociation collective. Cela mériterait un degré plus élevé de déférence, mais je m'empresse d'ajouter que les appelants constituent aussi un groupe vulnérable digne de la protection du législateur. Le troisième facteur donne également lieu à un résultat ambigu. D'une part, aucune preuve concrète ne réfute la conclusion que l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* permet de réaliser les objectifs du législateur. Il n'existe pas non plus de moyens scientifiques de déterminer si la création de syndicats agricoles compromet le mode d'exploitation familial. Toutefois, on peut se servir de la preuve statistique, comme les deux parties au pourvoi, pour déterminer si l'exploitation familiale prédomine en Ontario. Cette question étant au cœur de la thèse des intimés, il serait inopportun d'opter pour la déférence envers le législateur et de ne pas examiner leurs arguments statistiques.

59

With this in mind, I turn to the question of whether the legislature has impeded the appellants' associational activity more than is reasonably necessary to achieve its stated objectives. The Attorney General makes three arguments in defence of its policy: first, that unionization is not appropriate for the “vast majority” of Ontario agricultural

Gardant ceci à l'esprit, je passe à la question de savoir si le législateur a entravé l'activité associative des appelants plus qu'il n'était raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs explicites. Le procureur général offre trois arguments à l'appui de la mesure législative : premièrement, la syndicalisation ne convient pas à la « vaste majorité »

operations; second, that no appropriate dispute resolution mechanism exists for agricultural workers; and third, that extending collective bargaining rights to certain sectors of agriculture would be “arbitrary and impracticable”. It is also submitted that legislatures are entitled to a margin of deference when balancing complex matters of economic policy. In my view, these arguments all fail on a single point: they do not justify the categorical exclusion of agricultural workers where no satisfactory effort has been made to protect their basic right to form associations.

This effort need not produce the result most desirable to this Court; however, the legislature must “attempt very seriously to alleviate the effects” of its laws on those whose fundamental freedoms are infringed (*Edwards Books, supra, per Dickson C.J.*, at p. 782). In *Edwards Books*, for example, this Court considered whether a Sunday closure law constituted a justifiable limit on the religious freedom of Saturday observers. The law provided an exemption for stores that had been closed on Saturday. However, the exemption was withheld from stores that employed more than seven employees and occupied 5,000 square feet of retail space or more. Despite the existence of less intrusive legislation in other provinces, three members of this Court characterized the exemption as “a satisfactory effort on the part of the Legislature of Ontario” (p. 782) and, on that basis, upheld the Act under s. 1. By contrast, neither enactment in this case includes a concrete attempt to alleviate the infringing effects on agricultural workers. Not only does the legislation fail to distinguish between different types of agriculture, but there is no evidence that the Ontario Legislature even turned its mind to freedom of association when enacting either statute. Rather, each enactment merely cloned a piece of existing legislation — be it the *Wagner Act* or the *LRA* — and, in so doing, relied on studies that had been commissioned by a previous legislature.

In my view, there are at least two ways in which the *LRESLAA* might impair *Charter* rights more

des exploitations agricoles de l’Ontario; deuxièmement, aucun mécanisme approprié de règlement des différends n’existe pour les travailleurs agricoles; et troisièmement, la reconnaissance du droit à la négociation collective dans certains domaines de l’agriculture serait « arbitraire et irréaliste ». Il ajoute que le législateur a droit à une certaine déférence quand il soupèse des questions complexes de politique économique. À mon avis, ces arguments échouent tous sur le même point : ils ne justifient pas l’exclusion catégorique des travailleurs agricoles quand aucun effort satisfaisant n’a été fait pour protéger leur droit fondamental de former des associations.

Un tel effort n’a pas à déboucher sur le résultat jugé le plus souhaitable par notre Cour; cependant, le législateur doit « tenter très sérieusement d’atténuer [I]es effets » de ses lois sur les personnes atteintes dans leurs libertés fondamentales (*Edwards Books, précité, le juge en chef Dickson, p. 782*). Dans cet arrêt, par exemple, notre Cour examinait si une loi obligeant les commerces à fermer le dimanche était une restriction justifiable de la liberté de religion de ceux qui observaient le samedi. La loi prévoyait une exemption pour les commerces qui fermaient le samedi, mais l’exemption ne s’appliquait pas aux commerces employant plus de sept personnes et utilisant une superficie de 5 000 pieds carrés ou plus. Malgré l’existence de lois moins attentatoires dans d’autres provinces, trois juges de notre Cour ont estimé que l’exemption était « un effort satisfaisant » de la part du législateur ontarien (p. 782) et ont confirmé la validité de la loi en application de l’article premier. À l’opposé, aucune des lois considérées en l’espèce ne tente véritablement d’atténuer les effets attentatoires sur les travailleurs agricoles. Non seulement les lois ne distinguent pas les différents types d’agriculture, mais rien ne prouve que la législature de l’Ontario ait même pensé à la liberté d’association quand elle a adopté l’une ou l’autre loi. Chaque loi ne fait que reproduire les dispositions de lois existantes — la *Loi Wagner* ou la *LRT* — et s’appuie donc sur des études faites pour une législature antérieure.

Selon moi, la *LMLRTE* peut, d’au moins deux manières, porter atteinte aux droits garantis par la

than is reasonably necessary to achieve its objectives: first, by denying the right of association to every sector of agriculture, and second, by denying every aspect of the right, specially whatever protection is necessary to form and maintain employee associations, to agricultural workers. A similar approach to s. 1 was applied in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, in which this Court struck down a prohibition on partisan political activity by public servants. Much like the legislation at issue in this appeal, the provision in *Osborne* banned “all partisan-related work by all public servants, without distinction either as to the type of work, or as to their relative role, level or importance in the hierarchy of the public servant” (*per* Sopinka J., at p. 100 (emphasis added)). Moreover, in *Osborne* the Court was referred, as in this case, to legislation in other jurisdictions that made distinctions both as to the activity proscribed and the level of public servant, without any weakening of the underlying objective. Based on these factors, Sopinka J. concluded that “[t]he restrictions on freedom of expression in this case are over-inclusive and go beyond what is necessary to achieve the objective of an impartial and loyal civil service” (p. 100). Although the Court differed on whether to strike down the legislation or to read it down in that particular case, its minimum impairment analysis provides unequivocal authority for the current appeal (see, similarly, *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, striking down a restriction on advertising by dentists on grounds that it was overbroad).

Charte plus qu’il n’est raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs : premièrement, en niant le droit d’association dans tous les domaines de l’agriculture et, deuxièmement, en refusant aux travailleurs agricoles tous les aspects du droit, en particulier la protection nécessaire à la formation et au maintien d’associations d’employés. Ce type d’analyse de l’article premier a été retenu dans *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, où la Cour annule l’interdiction faite aux fonctionnaires d’exercer des activités politiques partisans. Tout comme la législation considérée ici, la disposition en cause dans *Osborne* interdisait à « tous les fonctionnaires tout travail de caractère partisan, sans égard à la nature de ce travail et sans tenir compte du rôle, du rang ou de l’importance de ces fonctionnaires dans la hiérarchie de la fonction publique » (le juge Sopinka, p. 100 (je souligne)). En outre, dans cette affaire, on avait attiré l’attention de la Cour, comme en l’espèce, sur les législations d’autres ressorts qui faisaient des distinctions selon l’activité proscrire et le niveau hiérarchique du fonctionnaire, sans compromettre aucunement l’objectif sous-jacent. S’appuyant sur ces facteurs, le juge Sopinka conclut que « [I]es restrictions imposées à la liberté d’expression en l’espèce ont une portée excessive et dépassent ce qui est nécessaire pour atteindre l’objectif d’une fonction publique impartiale et loyale » (p. 100). Même si la Cour était partagée quant à savoir s’il fallait annuler la loi ou en atténuer l’interprétation dans ce cas précis, son analyse touchant l’atteinte minimale s’applique directement au présent pourvoi (voir dans le même sens *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d’Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, qui invalide la limitation, jugée trop générale, de la publicité faite par des dentistes).

62

Turning to the Ontario legislation, my view is that the s. 1 justification suffers, first, from the lack of a recognition of the evolving nature of Ontario agriculture. To the extent the term “family farm” refers to a unique management style characterized by significant family involvement, it may indeed continue to describe the vast majority of farms in Ontario and across Canada. However, to the extent that it treats farm workers as members of that family rather than typical employees, it ignores an increasing trend

En ce qui concerne la législation ontarienne, j’estime que la justification au regard de l’article premier souffre de l’absence de reconnaissance de l’évolution de l’agriculture ontarienne. Dans la mesure où l’expression « ferme familiale » vise un mode de gestion unique caractérisé par une forte participation des membres de la famille, elle peut certes continuer de désigner la vaste majorité des fermes de l’Ontario et du Canada. Toutefois, dans la mesure où elle assimile les travailleurs agricoles

in Canada towards corporate farming and complex agribusiness. On this point, the Attorney General's expert himself concedes that "[t]he modern viable family farm no longer consists of 20 acres and a few cows, but typically represents a sophisticated business unit with a minimum capital value of \$500,000 to \$1,000,000, depending on the commodity and type of operation". If this is the case, it is not only over-inclusive to perpetuate a pastoral image of the "family farm", but it may be that certain if not all "family farms" would not be affected negatively by the creation of agricultural associations.

The reality is that family involvement does not suffice to alter the essential qualities of an employment relationship; these qualities may include a contract of employment, a consistent wage, regular hours and a hierarchical relationship between employer and employee. Moreover, the traditional family farm is rapidly assuming a less important role in the agricultural sector, as evidenced by increases in non-family farm incorporations, hired farm labour, seasonal workers and average labour costs (see J. White, *A Profile of Ontario Farm Labour* (March 1997)). Under these circumstances, what the Attorney General for Ontario refers to as an "integration of business and family life" does not, in my view, justify the unqualified and total exclusion of agricultural workers from the *LRA*. This conclusion echoes that of numerous labour boards legislatures and scholars of labour law, all of whom deny any industrial relations rationale for totally excluding agricultural workers from *LRA* protection (see, e.g., *Wellington Mushroom Farm*, *supra*; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; K. Neilson and I. Christie, "The Agricultural Labourer in Canada: A Legal Point of View" (1975), 2 *Dal. L.J.* 330; Adams, *supra*, at p. 6-50; Labour Law Casebook Group, *Labour and Employment Law: Cases, Materials and Commentary* (6th ed. 1998), at pp. 220-21; Beatty, *supra*, at pp. 91-92).

à des membres de la famille plutôt qu'à de véritables employés, elle ne tient pas compte du fait que l'agriculture canadienne évolue de plus en plus vers l'exploitation commerciale et l'agro-industrie. À ce sujet, l'expert du procureur général reconnaît lui-même que [TRADUCTION] « [I]a ferme familiale viable d'aujourd'hui n'est plus constituée d'une vingtaine d'acres et de quelques vaches, mais correspond généralement à une affaire moderne dont la valeur minimale en capital va de 500 000 \$ à 1 000 000 \$, selon le produit et le genre d'exploitation ». Si tel est le cas, il n'est pas seulement excessif de perpétuer l'image pastorale de la « ferme familiale », mais il se peut que la création d'associations agricoles n'aurait aucun effet négatif sur certaines de ces « fermes familiales » sinon toutes.

En réalité, la participation de la famille ne suffit pas à modifier les attributs essentiels d'une relation d'emploi, qui peuvent inclure un contrat de travail, un salaire constant, un horaire régulier et un lien hiérarchique d'employeur à employé. De plus, comme le révèle l'augmentation du nombre d'exploitations non familiales, du nombre d'employés et de travailleurs saisonniers, et du coût moyen de la main-d'œuvre, le rôle de la ferme familiale traditionnelle dans le secteur agricole connaît un déclin rapide (voir J. White, *A Profile of Ontario Farm Labour* (mars 1997)). Dans ce contexte, ce que le procureur général appelle [TRADUCTION] « l'intégration de la vie professionnelle et familiale » ne justifie pas, selon moi, l'exclusion totale et absolue des travailleurs agricoles de la *LRT*. Ma conclusion rejoint l'avis de nombre de commissions des relations du travail et experts en droit du travail, qui écartent toute justification basée sur les relations de travail pour l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* (voir, par exemple, *Wellington Mushroom Farm*, précité, et *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; K. Neilson et I. Christie, « The Agricultural Labourer in Canada : A Legal Point of View » (1975), 2 *Dal. L.J.* 330; Adams, *op. cit.*, p. 6-50; Labour Law Casebook Group, *Labour and Employment Law : Cases, Materials and Commentary* (6^e éd. 1998), p. 220-221; Beatty, *op. cit.*, p. 91-92).

64

The Attorney General submits that distinguishing various sectors of agriculture requires an impossible line-drawing exercise which the legislature should have the discretion to reject. However, the fact that some legislation includes exceptions for smaller or family-run farms, most notably labour codes in New Brunswick and Quebec, as well as the *ALRA* itself, suggests that such an exercise is eminently possible, should the legislature choose to undertake it (see *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(5)(a); *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 21; *ALRA*). Moreover, it cannot be assumed that a categorical exclusion of agricultural workers removes the need to draw difficult lines. Such an exclusion relies on courts and labour boards to define the meaning of the term “agriculture”, a term that may be as fraught with value judgments as the term “family farm” (see Adams, *supra*, at pp. 6-49 and 6-50; Neilson and Christie, *supra*, at pp. 335-41). Thus, while the decision whether to distinguish various sectors of agriculture ultimately rests with the legislature, there is little reason to believe that by totally excluding agricultural workers from the *LRA*, an impossible line-drawing exercise is avoided.

65

More importantly, the Attorney General offers no justification for excluding agricultural workers from all aspects of unionization, specially those protections that are necessary for the effective formation and maintenance of employee associations. It might be inferred that in order to protect the family farm and ensure the productivity of the farm economy, the legislature felt it necessary to discourage any form of union and to suffer that agricultural workers be exposed to a raft of unfair labour practices. Yet no policy could, in my view, be more repugnant to the principle of least intrusive means. If what is truly sought by s. 3(b) of the *LRA* is the protection of the family farm, the legislature should at the very least protect agricultural workers from the legal and economic consequences of forming an association. There is nothing in the record to suggest that such protection would pose a threat to the family farm structure, and if demonstrated that

Le procureur général fait valoir que pour distinguer les divers secteurs de l'agriculture il faut tracer des lignes de démarcation, une tâche impossible à laquelle le législateur devrait pouvoir se soustraire. Cependant, le fait que certaines lois prévoient des exceptions pour les petites exploitations ou les exploitations familiales, en particulier les codes du travail du Nouveau-Brunswick et du Québec, ainsi que la *LRTA* elle-même, donne à penser que la tâche est éminemment possible, si le législateur décide de s'engager dans cette voie (voir *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, al. 1(5)a); *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 21; *LRTA*). De plus, on ne peut tenir pour acquis que l'exclusion catégorique des travailleurs agricoles supprime la nécessité d'établir des distinctions difficiles. L'exclusion exige des tribunaux et des commissions des relations de travail qu'ils définissent le terme « agriculture », qui peut être tout aussi empreint de jugements de valeur que l'expression « ferme familiale » (voir Adams, *op. cit.*, p. 6-49 et 6-50; Neilson et Christie, *loc. cit.*, p. 335-341). Par conséquent, bien que la décision de faire ou non des distinctions entre divers secteurs de l'agriculture appartienne en fin de compte au législateur, il n'y a pas lieu de croire que l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* permet d'éviter une tâche impossible.

De façon plus importante, le procureur général n'offre aucune justification de l'exclusion des travailleurs agricoles de tous les aspects de la syndicalisation, spécialement les protections nécessaires, dans les faits, à la formation et au maintien d'associations d'employés. On peut inférer que, pour protéger la ferme familiale et assurer la productivité de l'économie agricole, le législateur a jugé nécessaire de décourager toute forme de syndicat et de tolérer que le travailleur agricole soit exposé à une multitude de pratiques déloyales de travail. À mon avis, aucune mesure ne pourrait être davantage contraire au principe de l'atteinte minimale. Si le véritable objectif de l'al. 3b) de la *LRT* est la protection de la ferme familiale, le législateur devrait au moins protéger les travailleurs agricoles contre les conséquences juridiques et financières de la formation d'une association. Rien au dossier n'indique qu'une telle protection mettrait en danger le mode

it would in some cases, the legislature could create the appropriate exceptions. I am of the view that the wholesale exclusion of agricultural workers from the *LRA* is not a reasonable limit on freedom of association and that it is not necessary to balance the effects of this exclusion against its stated purpose.

C. Remedy

To the extent they substantially impede the effective exercise of the freedom of association, both the *LRESLAA* and s. 3(b) of the *LRA* must be declared contrary to the *Charter*. Given the nature of these enactments, however, determining the appropriate remedy is not without difficulty. First, the respondents point out that the precise effect of striking down the *LRESLAA* would be to re-enact the statute it repealed, namely, the *ALRA*. As this Court is not in a position to enact such detailed legislation, nor to confer constitutional status on a particular statutory regime, I prefer to strike down the *LRESLAA* to the extent that it gives effect to the exclusion clause of the *LRA*. The precise effect of this remedy is to strike down that exclusion clause, which is the alternate remedy sought by the appellants. This remedy presents its own problems, as it obliges the legislature to extend the full panoply of collective bargaining rights in the *LRA* to agricultural workers. As such action is not necessarily mandated by the principles of this case, I would suspend the declarations of invalidity for 18 months, allowing amending legislation to be passed if the legislature sees fit to do so. Such a remedy was discussed by Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 570, in response to legislation he had found to be over-inclusive:

... this Court has recognized that an immediate declaration of invalidity is not always advisable, especially where, as here, the provision pursues an important objective but is over-inclusive: were this Court to strike down the provision effective immediately, those whom the government could protect constitutionally with a more tailored provision, and who indeed should be protected,

d'exploitation familial, et s'il était établi qu'elle le ferait dans certains cas, le législateur pourrait prévoir les exceptions appropriées. Je suis d'avis que l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles de la *LRT* n'est pas une restriction raisonnable de la liberté d'association et qu'il n'est pas nécessaire de soupeser les effets de cette exclusion et son objectif explicite.

C. Réparation

Parce qu'ils entravent substantiellement l'exercice véritable de la liberté d'association, la *LMLRTE* et l'al. 3b) de la *LRT* doivent être déclarés contraires à la *Charte*. Vu la nature de ces dispositions, toutefois, la réparation qui s'impose ne va pas de soi. Premièrement, les intimés font valoir que l'invalidation de la *LMLRTE* aurait pour effet précis de faire revivre la loi abrogée, la *LRTA*. Notre Cour n'étant pas en position d'adopter une loi aussi détaillée, ni de conférer un statut constitutionnel à un régime législatif en particulier, il me paraît préférable d'invalider la *LMLRTE* dans la mesure où elle donne effet à la disposition d'exclusion de la *LRT*. L'effet précis de cette réparation est d'invalider la disposition portant exclusion, ce qui correspond à la réparation subsidiaire demandée par les appelants. Cette solution présente cependant des difficultés car elle oblige le législateur à reconnaître aux travailleurs agricoles toute la panoplie des droits de négociation collective que prévoit la *LRT*. Comme un tel octroi ne découle pas nécessairement des principes dégagés en l'espèce, je suis d'avis de suspendre pendant 18 mois l'effet de la déclaration d'invalidité, de façon à permettre l'adoption de toute loi modificative que la législature estimerait nécessaire. Le juge en chef Lamer examine ce type de réparation dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 570, face à une loi qu'il jugeait de portée excessive :

Notre Cour a toutefois reconnu qu'une déclaration d'invalidité immédiate n'est pas toujours souhaitable, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, la disposition vise un objectif important, mais a une portée excessive : si notre Cour déclarait la disposition immédiatement inopérante, les personnes que le gouvernement pourrait protéger constitutionnellement à l'aide d'une

would be left unprotected. This would clearly pose a “potential danger to the public”. . . .

67

This raises the question of whether s. 2(d) requires that a minimum level of *LRA* protection be extended to agricultural workers. As implied by *Rodriguez, supra*, the *Charter* only obliges the legislature to provide a statutory framework that is consistent with the principles established in this case, including both the s. 2(d) and s. 1 analysis. In my view, these principles require at a minimum a regime that provides agricultural workers with the protection necessary for them to exercise their constitutional freedom to form and maintain associations. The record shows that the ability to establish, join and maintain an agricultural employee association is substantially impeded in the absence of such statutory protection and that this impediment is substantially attributable to the exclusion itself, rather than to private action exclusively. Moreover, the freedom to establish, join and maintain an agricultural employee association lies at the core of s. 2(d) of the *Charter*; the appellants’ claim is ultimately grounded in this non-statutory freedom. For these reasons, I conclude that at minimum the statutory freedom to organize in s. 5 of the *LRA* ought to be extended to agricultural workers, along with protections judged essential to its meaningful exercise, such as freedom to assemble, to participate in the lawful activities of the association and to make representations, and the right to be free from interference, coercion and discrimination in the exercise of these freedoms.

68

In choosing the above remedy, I neither require nor forbid the inclusion of agricultural workers in a full collective bargaining regime, whether it be the *LRA* or a special regime applicable only to agricultural workers such as the *ALRA*. For example, the question of whether agricultural workers have the right to strike is one better left to the legislature, especially given that this right was withheld in the *ALRA* (s. 10). Rather than adjudicate such issues at the remedy stage, I adopt the position of Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle, supra*, at

disposition mieux adaptée et qui doivent effectivement être protégées, seraient laissées sans aucune protection. Une telle situation risquerait de toute évidence de présenter un « danger pour le public » . . .

La question se pose alors de savoir si l’al. 2d) exige de conférer aux travailleurs agricoles un degré minimum de protection en vertu de la *LRT*. L’arrêt *Rodriguez*, précité, dit implicitement que la *Charte* oblige seulement le législateur à établir un cadre législatif qui soit compatible avec les principes dégagés, notamment dans le cadre des analyses fondées sur l’al. 2d) et l’article premier. Selon moi, ces principes exigent au minimum un régime donnant aux travailleurs agricoles la protection nécessaire pour exercer leur liberté constitutionnelle de constituer et de maintenir des associations. Le dossier montre que l’absence de protection légale compromet substantiellement la capacité de constituer et de maintenir une association de travailleurs agricoles, et d’y adhérer, et que cette entrave est substantiellement imputable à l’exclusion elle-même, et non à un acte purement privé. De plus, la liberté de constituer et de maintenir une association de travailleurs agricoles et d’y adhérer est au cœur de l’al. 2d) de la *Charte*; en fin de compte, la revendication des appelants se fonde sur cette liberté non issue d’une loi. Pour ces motifs, je conclus que, au minimum, doit être reconnu aux travailleurs agricoles le droit de se syndiquer prévu à l’art. 5 de la *LRT*, avec les garanties jugées essentielles à son exercice véritable, comme la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de l’association et de présenter des revendications, et la protection de l’exercice de ces libertés contre l’ingérence, les menaces et la discrimination.

En optant pour cette réparation, je n’exige ni n’interdis l’application intégrale du régime de négociation collective aux travailleurs agricoles, que ce soit sous le régime de la *LRT* ou un régime spécial applicable uniquement aux travailleurs agricoles, comme la *LRTA*. Par exemple, il convient de laisser au législateur le soin de déterminer si les travailleurs agricoles devraient avoir le droit de grève, d’autant plus que ce droit était refusé dans la *LRTA* (art. 10). Plutôt que de trancher ces questions à l’étape de la réparation, je me range à l’avis des juges Cory

para. 151, which is to fashion a remedy according to the nature of the appellant's claim:

The Court has been asked in this case to rule upon whether the impugned [provision] is unconstitutional because of its anti-associational purpose. We have found that the exclusion of RCMP members from the basic associational protections in the *PSSRA* does have this purpose and violates the *Charter*, yet because of the manner in which the appellant has articulated his claim we have done so without being required to decide whether a *Charter* violation results from the total exclusion of RCMP members from the *PSSRA*'s collective bargaining regime. As explained by Sopinka J. in *PIPSC*, *supra*, at p. 405, it may be that such a total exclusion could interfere with the ability of employees to associate, and thus infringe the *Charter*'s freedom of association guarantee. We do not believe that it is appropriate to decide, at the remedy stage of the analysis, whether it is constitutionally permissible to exclude RCMP members entirely from a collective bargaining regime. Moreover, we do not wish to prejudge the question of whether Parliament may wish to extend limited collective bargaining rights to RCMP members. [Emphasis added.]

Should a claim for inclusion arise in the future, the threshold question will be whether the provision relates to an activity falling within the framework established by the labour trilogy or that otherwise furthers the purpose of s. 2(d) of the *Charter*. If this threshold is crossed, the question becomes whether excluding agricultural workers from the provision in question substantially impedes this activity either in purpose or effect. If the effect of the exclusion is impugned, the claimant's position should be assessed in light of the considerations discussed above.

VII. Conclusion

For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs throughout. I would declare the *LRESLAA* unconstitutional to the extent that it gives effect to s. 3(b) of the *LRA*, and I would declare s. 3(b) of the *LRA* unconstitutional. I would suspend such declarations for a period of 18 months. I would answer the constitutional questions as follows:

et Iacobucci, exprimé dans *Delisle*, précité qu'il convient d'adapter la réparation à la nature de la demande (au par. 151) :

En l'espèce, on a demandé à la Cour de décider si [la disposition] contesté[e] est inconstitutionnel[le] en raison de son objectif d'empêcher la formation d'associations. Nous avons conclu que l'exclusion des membres de la GRC de l'application des protections fondamentales en matière d'association contenues dans la *LRTFP* vise effectivement cet objectif et viole la *Charte*, mais, en raison de la manière dont l'appelant a formulé sa demande, nous l'avons fait sans avoir à décider si l'exclusion totale des membres de la GRC du régime de négociation collective établi par la *LRTFP* entraîne une violation de la *Charte*. Comme l'a expliqué le juge Sopinka dans l'arrêt *IPFPC*, précité, à la p. 405, il se peut qu'une telle exclusion totale empêche les employés de s'associer et qu'elle porte ainsi atteinte à la liberté d'association garantie par la *Charte*. Nous ne croyons pas que, à l'étape de l'analyse de la réparation, il soit opportun de déterminer si la Constitution permet l'exclusion totale des membres de la GRC d'un régime de négociation collective. Nous ne voulons pas non plus préjuger de la question de savoir si le législateur peut vouloir accorder aux membres de la GRC des droits restreints à la négociation collective. [Je souligne.]

Advenant qu'une demande d'inclusion soit présentée dans l'avenir, la première question sera de savoir si la disposition se rapporte à une activité se situant à l'intérieur des limites établies dans la trilogie du droit du travail ou à une activité qui réalise par ailleurs l'objet de l'al. 2d) de la *Charte*. Une fois cette étape franchie, il faudra déterminer si, par son objet ou son effet, l'exclusion des travailleurs agricoles de la disposition en cause entrave substantiellement cette activité. Si l'effet de l'exclusion est contesté, la position du demandeur devra être examinée à la lumière des considérations qui précèdent.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. Je déclarerais la *LMLRTE* inconstitutionnelle dans la mesure où elle donne effet à l'al. 3b) de la *LRT*, et je déclarerais l'al. 3b) de la *LRT* inconstitutionnel. Je suspendrais l'effet de ces déclarations pendant une période de 18 mois. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. Does s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, limit the right of agricultural workers

- (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; or
- (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

Section 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act* limits freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter* to the extent that its effect is to re-subject agricultural workers to the exclusion clause found in s. 3(b) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A. For this reason, it is not necessary to answer the s. 15(1) question.

2. Does s. 3(b) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, limit the right of agricultural workers

- (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*; or
- (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

Section 3(b) of the *Labour Relations Act, 1995* limits the right of agricultural workers to freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*. For this reason, it is not necessary to answer the s. 15(1) question.

3. If the answer to any part of questions 1 or 2 is in the affirmative, is the limitation nevertheless justified under s. 1 of the *Charter*?

No.

The following are the reasons delivered by

1. L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

- a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou
- b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi* limite le droit des travailleurs agricoles à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* en ce qu'il a pour effet d'assujettir de nouveau les travailleurs agricoles à la clause d'exclusion de l'al. 3b) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A. Il n'est donc pas nécessaire de répondre à la question visant le par. 15(1).

2. L'alinéa 3b) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

- a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*, ou
- b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

L'alinéa 3b) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* limite le droit des travailleurs agricoles à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*. Pour ce motif, il n'est pas nécessaire de répondre à la question visant le par. 15(1).

3. Si la réponse à l'un ou l'autre des volets de la première ou deuxième question est affirmative, la limite est-elle néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai pris connaissance des motifs du juge Bastarache et j'estime que ce pourvoi peut être résolu plus simplement.

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have read the reasons of Bastarache J. I believe that this case can be resolved on simpler grounds. I will therefore

outline the reasoning upon which I base my opinion.

At the heart of this case is the question of whether the right of agricultural workers in Ontario to associate in order to pursue common goals and their equality rights have been violated by s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1 (“*LRESLAA*”), and s. 3(b) of the *Ontario Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A (“*LRA*”). The issues in the present appeal are (1) whether the government of Ontario has a positive obligation to protect the appellants’ constitutionally guaranteed rights under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and (2) whether the impugned legislation violates s. 15(1) of the *Charter*.

My colleague has set out the facts in this case as well as a description of its judicial history. Except where otherwise expanded upon or noted, I adopt this factual background.

In 1994, a specialized legislative regime, the *Agricultural Labour Relations Act, 1994*, S.O. 1994, c. 6 (“*ALRA*”), was enacted granting agricultural workers in Ontario protection against unfair labour practices. The United Food and Commercial Workers Union (“*UFCW*”) was established shortly after the enactment of the *ALRA* and was certified as the bargaining agent for approximately 200 workers at the Highline Produce Limited mushroom factory farm in Leamington, Ontario. During the period that the *ALRA* was in effect, the *UFCW* filed two further certification applications, one for the workers at Kingsville Mushroom Farm Inc., and the other for the workers at the respondent Fleming Chicks.

On November 10, 1995, a new government repealed the *ALRA* and replaced it with legislation that mandated the dissolution of agricultural labour unions. The new *LRA* excluded persons in agriculture from application of the Act, including statutory protection against unfair labour practices.

In *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, speaking for a majority of the Court, I addressed the issue of positive government obligations in the context of

J’exposerai donc le raisonnement sur lequel je fonde mon opinion.

La question au cœur du présent pourvoi est de savoir si l’art. 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l’emploi*, L.O. 1995, ch. 1 (« *LMLRTE* »), et l’al. 3b) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A (« *LRT* ») portent atteinte au droit des travailleurs agricoles de l’Ontario de s’associer pour poursuivre des buts communs et à leurs droits à l’égalité. La Cour doit décider (1) si le gouvernement de l’Ontario a l’obligation positive de protéger les droits des appelants en vertu de l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et (2) si la loi contestée viole le par. 15(1) de la *Charte*.

Mon collègue a exposé les faits et les décisions antérieures en l’espèce. Sauf précision ou remarque supplémentaire de ma part, j’adopte son exposé.

En 1994, un régime légal spécialisé, la *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l’agriculture*, L.O. 1994, ch. 6 (« *LRTA* »), confère aux travailleurs agricoles de l’Ontario la protection contre les pratiques déloyales de travail. L’Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce (« *TUAC* ») est créée peu après l’adoption de la *LRTA*, et est accréditée à titre d’agent négociateur d’environ 200 travailleurs de la champignonnière Highline Produce Limited, située à Leamington (Ontario). Pendant la période où la *LRTA* est en vigueur, *TUAC* présente deux autres demandes d’accréditation, l’une visant les travailleurs de Kingsville Mushroom Farm Inc., l’autre les travailleurs de l’intimée Fleming Chicks.

Le 10 novembre 1995, un nouveau gouvernement abroge la *LRTA* et la remplace par une loi prescrivant la dissolution des syndicats agricoles. La nouvelle *LRT* exclut de son champ d’application, et donc de la protection légale contre les pratiques déloyales de travail, les personnes travaillant dans l’agriculture.

Dans *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, m’exprimant au nom de la majorité, j’examine la question des obligations positives de l’État dans

72

73

74

75

76

Charter analysis by first noting, at p. 1038 (quoting *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (“*Alberta Reference*”), per Dickson C.J., dissenting, at p. 361):

Section 2 of the *Charter* protects fundamental “freedoms” as opposed to “rights”. Although these two terms are sometimes used interchangeably, a conceptual distinction between the two is often drawn. “Rights” are said to impose a corresponding duty or obligation on another party to ensure the protection of the right in question whereas “freedoms” are said to involve simply an absence of interference or constraint. This conceptual approach to the nature of “freedoms” may be too narrow since it fails to acknowledge situations where the absence of government intervention may in effect substantially impede the enjoyment of fundamental freedoms (e.g., regulations limiting the monopolization of the press may be required to ensure freedom of expression and freedom of the press). [Emphasis added by L’Heureux-Dubé J. in *Haig*.]

le contexte de l’analyse fondée sur la *Charte*, soulignant tout d’abord à la p. 1038 (citant le juge en chef Dickson, dissident, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (« *Renvoi relatif à l’Alberta* »), p. 361) :

L’article 2 de la *Charte* garantit des « libertés » fondamentales et non des « droits ». Si parfois ces deux termes sont utilisés indifféremment, une distinction d’ordre conceptuel est souvent faite entre les deux. On dit au sujet des « droits », qu’ils imposent à une autre partie une obligation correspondante de protéger le droit en question, alors qu’on dit au sujet des « libertés », qu’elles comportent simplement une absence d’intervention ou de contrainte. Cette conception de la nature des « libertés » est peut-être trop étroite étant donné qu’elle ne reconnaît pas l’existence de certains cas où l’absence d’intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales (par exemple, une réglementation limitant la monopolisation de la presse peut être nécessaire pour assurer la liberté d’expression et de presse). [Souligné par le juge L’Heureux-Dubé dans *Haig*.]

77

Having set the stage, I then proceeded to develop an argument in *Haig* that has direct application to this case, stating, at p. 1039:

... distinctions between “freedoms” and “rights”, and between positive and negative entitlements, are not always clearly made, nor are they always helpful. One must not depart from the context of the purposive approach articulated by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Under this approach, a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required. This might, for example, take the form of legislative intervention aimed at preventing certain conditions which muzzle expression, or ensuring public access to certain kinds of information.

In the proper context, these may perhaps be relevant considerations leading a court to conclude that positive governmental action is required. [Emphasis added.]

78

In *Native Women’s Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627, at p. 667, I pointed out that *Haig* also stands for the proposition that while the government may have been under no constitutional obligation to provide for the right to a referendum

Sur cette toile de fond, j’élabore ensuite le raisonnement suivant qui s’applique directement en l’espèce (*Haig*, p. 1039) :

Les distinctions entre « libertés » et « droits » et entre droits positifs et droits négatifs ne sont pas toujours nettes ni utiles. On ne doit pas s’éloigner du contexte de l’approche fondée sur l’objet énoncée par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Suivant cette approche, il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d’adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s’imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d’une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l’expression, ou à assurer l’accès du public à certains types de renseignements.

Dans le contexte approprié, ces considérations pourraient être pertinentes et amener un tribunal à conclure à la nécessité d’une intervention gouvernementale positive. [Je souligne.]

Dans *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, p. 667, je signale que *Haig* établit également la proposition selon laquelle, même si le gouvernement n’est pas constitutionnellement tenu, suivant l’al. 2b) de la *Charte*,

under s. 2(b) of the *Charter*, once the government decides to provide a specific platform of expression, it must do so in a manner consistent with the *Charter*. I refer specifically to p. 1041 of *Haig*:

While s. 2(b) of the *Charter* does not include the right to any particular means of expression, where a government chooses to provide one, it must do so in a fashion that is consistent with the Constitution. The traditional rules of *Charter* scrutiny continue to apply. Thus, while the government may extend such a benefit to a limited number of persons, it may not do so in a discriminatory fashion, and particularly not on [a] ground prohibited under s. 15 of the *Charter*. [Emphasis added.]

Turning to the labour relations context in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, a case dealing with s. 2(d) rights of government employees, I noted, at para. 7:

... in cases where the employer does not form part of government, there exists no *Charter* protection against employer interference. In such a case, it might be demonstrated that the selective exclusion of a group of workers from statutory unfair labour practice protections has the purpose or effect of encouraging private employers to interfere with employee associations. It may also be that there is a positive obligation on the part of governments to provide legislative protection against unfair labour practices or some form of official recognition under labour legislation, because of the inherent vulnerability of employees to pressure from management, and the private power of employers, when left unchecked, to interfere with the formation and administration of unions.

This case is one where I believe there is a positive obligation on the government to provide legislative protection against unfair labour practices.

In 1943, the Ontario Legislature enacted a protective shield for workers, namely, the *Collective Bargaining Act, 1943*, S.O. 1943, c. 4. But this shield was missing panels, including the protection of agricultural workers. The shield's pattern had been imported from American legislation. In 1994, 12 years after the enactment of the *Charter*, the

d'accorder le droit à un référendum, une fois qu'il s'engage à fournir une tribune spécifique, il doit le faire d'une manière conforme à la *Charte*. Je renvoie spécifiquement à la p. 1041 de *Haig* :

... quoique l'al. 2b) de la *Charte* ne confère aucun droit à un mode particulier d'expression, lorsqu'un gouvernement choisit d'en fournir un, il doit le faire d'une manière conforme à la Constitution. Les règles traditionnelles qui régissent l'examen fondé sur la *Charte* continuent à s'appliquer. Donc, bien qu'il soit loisible au gouvernement d'accorder un tel avantage à un nombre restreint de personnes, il ne saurait, ce faisant, commettre un acte de discrimination, surtout si cette discrimination se fonde sur un motif prohibé par l'art. 15 de la *Charte*. [Je souligne.]

Dans un contexte de relations du travail, je souligne ceci au par. 7 de *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, un arrêt traitant des droits d'employés de l'État en vertu de l'al. 2d) :

... la *Charte* ne fournit aucune protection contre l'ingérence de l'employeur qui ne fait pas partie du gouvernement. Dans un tel cas, il pourrait être démontré que l'exclusion sélective d'un groupe de travailleurs de l'application de protections légales contre les pratiques déloyales de travail a pour objet ou pour effet d'encourager les employeurs du secteur privé à faire obstacle aux associations d'employés. Il se peut également qu'il y ait une obligation positive de la part des gouvernements de fournir une protection législative contre les pratiques déloyales de travail ou une forme quelconque de reconnaissance officielle en vertu de la législation en matière de travail, en raison de la vulnérabilité inhérente des employés aux pressions exercées par la direction et du pouvoir de nature privée qu'ont les employeurs de nuire à la formation et à l'administration des syndicats, lorsque ce pouvoir n'est pas contrôlé.

Je crois qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où le gouvernement a l'obligation positive de fournir une protection légale contre les pratiques déloyales de travail.

En 1943, l'Ontario adoptait une loi de protection des travailleurs, *Collective Bargaining Act, 1943*, S.O. 1943, ch. 4 (« *Loi de 1943 sur les négociations collectives* »). Il y manquait des panneaux entiers, notamment la protection des travailleurs agricoles. La loi s'inspirait de la législation américaine. En 1994, 12 ans après l'adoption de la *Charte*, le

79

80

81

government attempted to make the shield whole by enacting the *ALRA*. The patched shield was intact for 17 months. In 1995, the legislature removed the panel and reinstated, in a new labour statute, a modified version of the original exclusion clause. Thus, under the often harsh labour relations climate, agricultural workers were once again made to stand out as a result of their exclusion from the protection offered by the statutory shield, in stark contrast to the vast majority of workers who were protected by the *LRA*.

gouvernement ontarien décide de combler les vides en adoptant la *LRTA*. La protection ainsi colmatée tient 17 mois. En 1995, le législateur ontarien supprime le nouveau panneau et rétablit, dans une nouvelle loi sur les relations de travail, une version modifiée de la clause d'exclusion initiale. Ainsi, dans le climat souvent tendu des relations de travail, les travailleurs agricoles sont à nouveau singularisés du fait de leur exclusion du régime de protection légale qui les distingue nettement de la vaste majorité des travailleurs qui sont protégés par la *LRT*.

82 I start with an examination of the legislative history and factual background, an analysis intended to complement the narrative included in my colleague's reasons. It should be noted that both the decision of the Ontario Court (General Division) ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, *per* Sharpe J. (as he then was)) and that of the Ontario Court of Appeal ((1999), 182 D.L.R. (4th) 471), predate this Court's decision in *Delisle*, *supra*.

Au départ, j'examinerai l'évolution législative et les faits, en complément de l'exposé de mon collègue. Il y a lieu de noter ici que la décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, le juge Sharpe (maintenant juge à la Cour d'appel)) et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ((1999), 182 D.L.R. (4th) 471) précèdent l'arrêt *Delisle* de notre Cour.

I. Legislative History and Factual Background

I. L'évolution législative et les faits

83 Ontario was the first jurisdiction in Canada "to adopt a fully-fledged collective bargaining statute" (H. W. Arthurs et al., *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4th ed. 1993), at para. 90). On April 14, 1943, the *Collective Bargaining Act, 1943* was assented to in Ontario. At s. 24, it listed the categories of employees excluded from the Act, including "domestic servants", "members of any police force", certain other public employees, and "the industry of farming".

La législature ontarienne a été la première au Canada [TRADUCTION] « à adopter une loi complète et détaillée sur la négociation collective » (H. W. Arthurs et autres, *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4^e éd. 1993), par. 90). Le 14 avril 1943, la *Loi de 1943 sur les négociations collectives* est sanctionnée en Ontario. Elle énumère, à l'art. 24, les catégories d'employés exclus de son application, notamment les domestiques, les forces de police, certains employés du service public et [TRADUCTION] « les activités agricoles ».

84 The *Collective Bargaining Act, 1943* was modelled on a statute enacted by the United States Congress in 1935, the *National Labor Relations Act*, July 5, 1935, c. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 to 169) (called the "*Wagner Act*" after its sponsor, Senator Wagner of New York). Senator Wagner considered this ground-breaking statute more "than a weapon against the disruption of industry by labor-management disputes". He envisaged it "as an 'affirmative vehicle' for economic and social progress" (C. J. Morris, ed., *The Developing Labor Law* (1971), at p. 27).

La *Loi de 1943 sur les négociations collectives* s'inspirait d'une loi adoptée par le Congrès américain en 1935, la *National Labor Relations Act*, 5 juillet 1935, ch. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 à 169) (appelée la « *Loi Wagner* » du nom de son parrain, le sénateur Wagner, de l'État de New York). Pour ce dernier, cette loi avant-gardiste était davantage [TRADUCTION] « qu'une arme contre la perturbation de l'économie occasionnée par les conflits du travail » et il y voyait « un moyen de favoriser le progrès économique et social » (C. J. Morris, dir., *The Developing Labor Law* (1971), p. 27).

Senator Wagner's address to Congress (79 Cong. Rec. 7565 (1935)), was prescient in its use of terminology familiar to current Canadian *Charter* jurisprudence: "Caught in the labyrinth of modern industrialism and dwarfed by the size of corporate enterprise, [the employee] can attain freedom and dignity only by cooperation with others of his group" (quoted in Morris, *supra*, at p. 27 (emphasis added)).

The *Wagner Act* excluded certain categories of employees, including agricultural workers. Several of these exclusions are reflected in the *Collective Bargaining Act, 1943*.

On April 6, 1944, the *Collective Bargaining Act, 1943* was repealed and replaced with the *Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, c. 29 ("LRBA"). At s. 10(a), the LRBA affirmed that it did not apply to "the industry of farming".

The LRBA was repealed and replaced with the *Labour Relations Act, 1948*, S.O. 1948, c. 51, which was subsequently repealed and replaced with the *Labour Relations Act, 1950*, S.O. 1950, c. 34. At s. 2 of the 1950 Act, the restriction was amended to read:

2. This Act does not apply,

. . . .

(b) to any person employed in agriculture, horticulture, hunting or trapping;

On April 12, 1960, clause *b* of s. 2 was amended (S.O. 1960, c. 54, s. 1) by striking out "horticulture" in the first line and adding a new clause *bb*:

2. This Act does not apply,

. . . .

(b) to any person employed in agriculture, hunting or trapping;

(bb) to any person, other than an employee of a municipality or a person employed in silviculture [*sic*], who is employed in horticulture by an employer

L'allocution du sénateur Wagner devant le Congrès (79 Cong. Rec. 7565 (1935)) était presciente dans son utilisation de termes devenus courants dans la jurisprudence canadienne relative à la *Charte* : [TRADUCTION] « Pris au piège de l'industrialisme moderne et écrasé par la taille des entreprises, [l'employé] ne peut atteindre la liberté et la dignité que par la collaboration avec les autres membres du groupe auquel il appartient » (citée dans Morris, *op. cit.*, p. 27 (je souligne)).

La *Loi Wagner* excluait certaines catégories d'employés, dont les travailleurs agricoles. La *Loi de 1943 sur les négociations collectives* de l'Ontario reprenait plusieurs de ces exclusions.

Le 6 avril 1944, la *Loi de 1943 sur les négociations collectives* est abrogée et remplacée par la *Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, ch. 29 (« LRBA ») dont l'al. 10a) précise que ses dispositions ne s'appliquent pas [TRADUCTION] « aux activités agricoles ».

La LRBA est abrogée et remplacée par la *Labour Relations Act, 1948*, S.O. 1948, ch. 51, abrogée et remplacée ensuite par la *Labour Relations Act, 1950*, S.O. 1950, ch. 34. L'article 2 de la loi de 1950 modifie la clause d'exclusion :

[TRADUCTION] 2. La présente loi ne s'applique pas

. . . .

b) à une personne qui est employée à l'agriculture, à l'horticulture, à la chasse ou au piégeage;

Le 12 avril 1960, l'al. 2b) est modifié par la suppression du mot « horticulture » et l'ajout de l'al. bb) (S.O. 1960, ch. 54, art. 1) :

[TRADUCTION] 2. La présente loi ne s'applique pas

. . . .

b) à une personne qui est employée à l'agriculture, à la chasse ou au piégeage;

bb) à une personne qui est employée dans l'horticulture par un employeur dont l'entreprise principale est l'agriculture ou l'horticulture, sauf si elle est au

85

86

87

88

89

whose primary business is agriculture or horticulture.

service d'une municipalité ou employée en sylviculture;

90

The issues surrounding the statutory provision at the heart of this case were referred to indirectly in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, where this Court examined the jurisdiction of the Ontario Labour Relations Board ("OLRB") to determine the constitutionality of s. 2(b) of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228 (now s. 3(b) of the *LRA*) in the course of proceedings before the OLRB. One of the issues on appeal was whether the Ontario Court of Appeal erred in holding that the OLRB had jurisdiction to decide the constitutional validity of s. 2(b) of its enabling statute by applying the *Charter* as part of its duty to consider statutes bearing on proceedings before it.

Les questions que soulève la disposition législative contestée en l'espèce sont abordées indirectement dans *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, où notre Cour examine la compétence de la Commission des relations de travail de l'Ontario (« CRTO ») pour statuer sur la constitutionnalité de l'al. 2b) de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228 (devenu l'al. 3b) de la *LRT*), dans le cadre de l'instance dont elle était saisie. Notre Cour devait déterminer notamment si la Cour d'appel de l'Ontario avait eu tort de conclure que la CRTO avait compétence pour statuer sur la constitutionnalité de l'al. 2b) de sa loi habilitante en appliquant la *Charte*, dans le cadre de son obligation d'examiner les lois ayant une incidence sur les procédures dont elle était saisie.

91

The underlying case in *Cuddy Chicks* can be summarized as follows. In April 1987, the United Food and Commercial Workers International Union, Local 175, filed an application for certification before the OLRB relating to employees at the chicken hatchery of Cuddy Chicks Limited. Section 2(b) of the 1980 *Labour Relations Act* stated that the Act does not apply "to a person employed in agriculture". The OLRB noted at para. 44 of its reasons in *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, that it was the union, not the employees, that made the *Charter* application. On filing the application, the union gave notice that, if the employees were found to be agricultural employees, it would request the OLRB to hold s. 2(b) invalid as being contrary to s. 2(d) and s. 15(1) of the *Charter*. In affirming that the employees were indeed so employed, the OLRB stated, at para. 9, that:

Les faits dans *Cuddy Chicks* peuvent être résumés comme suit. En avril 1987, l'Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175, saisit la CRTO d'une demande d'accréditation visant les employés du couvoir de Cuddy Chicks Limited. L'alinéa 2b) de la *Loi sur les relations de travail* de 1980 précise que la Loi ne s'applique pas [TRADUCTION] « à la personne qui est employée à l'agriculture ». La CRTO fait remarquer, au par. 44 de *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, que c'est le syndicat, et non les employés, qui a soulevé la question relative à la *Charte*. En déposant la demande, le syndicat a donné avis que si les employés étaient assimilés à des employés agricoles, il demanderait à la CRTO de déclarer l'al. 2b) invalide parce que contraire à l'al. 2d) et au par. 15(1) de la *Charte*. En confirmant que les employés étaient effectivement des employés agricoles, la CRTO dit ce qui suit au par. 9 :

There is no doubt that the hatchery is a highly mechanized, technologically sophisticated operation and that the employees in many respects work in factory-like conditions with set shifts, year-round employment and the benefits and disciplinary provisions similar to or the same as one would expect to find in a factory. We accept respondent counsel's submission that agriculture has become highly technological and commercial, but

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le couvoir est un établissement à la fine pointe de la technologie, que son fonctionnement est très mécanisé et que, à plusieurs égards, les employés travaillent dans des conditions apparentées à celles d'une usine : quarts de travail, emploi tout au long de l'année, avantages et encadrement disciplinaire semblables ou identiques à ceux auxquels l'on s'attendrait dans une usine. Nous reconnaissons,

that that does not make those activities non-agricultural: *Wellington Mushroom Farm*, [1980] OLRB Rep. May 813. It is thus the nature of the activities and not the way they are performed or the tools by which they are performed that is relevant. [Emphasis added.]

On the issue of the OLRB's jurisdiction to hear the *Charter* challenge, a majority of the Board decided that it had jurisdiction and directed the Registrar to set dates for the panel to hear evidence and argument on the union's *Charter* challenge to s. 2(b) of the 1980 Act. This hearing was postponed due to litigation launched by Cuddy Chicks Limited, which eventually came before this Court.

In *Cuddy Chicks, supra*, this Court ruled that the OLRB had jurisdiction to examine whether s. 2(b) of the 1980 *Labour Relations Act* was contrary to the *Charter*.

The matter was not carried forward, however, because of the imminence of legislative change. In *Cuddy Chicks Ltd.*, [1992] O.L.R.D. No. 1170 (QL), the Board reported, at para. 1, that:

The applicant and respondent, by letter dated March 23, 1992, have jointly requested the Board to hold this matter in abeyance, in light of the amendments currently being considered for the Act, in particular as it affects the exclusion of "agricultural" employees in section 2(b).

In June 1992, the *Report of the Task Force on Agricultural Labour Relations: Report to the Minister of Labour* was released. The recommendations contained in this report influenced legislation subsequently introduced by the Ontario government, the *ALRA*, which was assented to on June 23, 1994. In recognition of certain specific concerns about the impact of the extension of statutory labour rights to the agricultural sector, the *ALRA* prohibited strikes and lockouts, substituting in their place a dispute resolution process, the final stage of which was binding final offer selection by an arbitration board.

comme nous y invite l'avocat, que l'agriculture est devenue une activité à haute teneur technologique et commerciale, mais il ne s'ensuit pas que les activités en cause ne sont pas agricoles. *Wellington Mushroom Farm*, [1980] OLRB Rep. mai 813. C'est donc la nature des activités en cause qui est déterminante, et non la manière dont elles sont exercées ou les instruments qui sont utilisés. [Je souligne.]

Par ailleurs, la CRTO conclut à la majorité qu'elle a compétence sur la contestation fondée sur la *Charte* et ordonne au registraire de fixer les dates auxquelles la formation entendra la preuve et les plaidoiries concernant la contestation de l'al. 2b) de la Loi fondée sur la *Charte*. L'audience est reportée en raison de l'instance engagée par Cuddy Chicks Limited qui s'est finalement retrouvée devant notre Cour.

Dans *Cuddy Chicks*, précité, notre Cour décide que la CRTO a compétence pour déterminer si l'al. 2b) de la *Loi sur les relations de travail* de 1980 contrevient à la *Charte*.

L'affaire ne s'est pas poursuivie à cause de l'imminence d'une modification législative. Dans *Cuddy Chicks Ltd.*, [1992] O.L.R.D. No. 1170 (QL), la Commission précise ceci au par. 1 :

[TRADUCTION] Dans une lettre datée du 23 mars 1992, le demandeur et la défenderesse ont demandé conjointement à la Commission de suspendre l'instance en prévision des modifications que l'on envisage actuellement d'apporter à la Loi, tout particulièrement en ce qui concerne l'exclusion des employés « agricoles » prévue à l'alinéa 2b).

En juin 1992, est publié le *Rapport du Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole : Rapport présenté au ministère du Travail*. Ses recommandations influencent la teneur de la loi proposée par la suite par le gouvernement ontarien, la *LRTA*, qui est sanctionnée le 23 juin 1994. Répondant à certaines inquiétudes précises concernant les incidences de l'extension au secteur agricole du régime légal des relations de travail, la *LRTA* interdit la grève et le lock-out, qu'elle remplace par un mécanisme de règlement des différends dont la dernière étape est le choix d'une offre finale et obligatoire par un conseil d'arbitrage.

92

93

94

95

96 The *ALRA* was repealed by a newly elected government in 1995. The *LRESLAA*, which was assented to on November 10, 1995, replaced the predecessor *Labour Relations Act* and related amendments, and repealed the *ALRA*.

97 The *LRESLAA* also stipulated that any agreements certified under the *ALRA* were henceforth terminated, as were any certification rights of trade unions. The *LRESLAA* explicitly prohibited employers from reprisals against workers on account of union activity under the *ALRA*. The effect of the *LRESLAA* was to subject agricultural workers to the exclusion clause of the *LRA* (s. 3(b)). Alberta is the only other Canadian province with labour relations legislation incorporating an unqualified exclusion of agricultural workers.

98 The *LRA* is a substantial statute implementing a comprehensive labour relations regime. Its comprehensiveness can perhaps be appreciated by contrasting its 169 sections with the 27 sections of the *Collective Bargaining Act, 1943*.

99 The *LRA* features an expansive definition of "agriculture" at s. 1(1):

"agriculture" includes farming in all its branches, including dairying, beekeeping, aquaculture, the raising of livestock including non-traditional livestock, furbearing animals and poultry, the production, cultivation, growing and harvesting of agricultural commodities, including eggs, maple products, mushrooms and tobacco, and any practices performed as an integral part of an agricultural operation, but does not include anything that was not or would not have been determined to be agriculture under section 2 of the predecessor to this Act as it read on June 22, 1994;

100 The exclusionary section of the *LRA* largely replicates the language of its predecessor:

3. This Act does not apply,

(a) to a domestic employed in a private home;

(b) to a person employed in agriculture, hunting or trapping;

La *LRTA* est abrogée en 1995 par le nouveau gouvernement. Sanctionnée le 10 novembre 1995, la *LMLRTE* remplace la *Loi sur les relations de travail* et ses modifications, et abroge la *LRTA*.

La *LMLRTE* prévoit en outre que les conventions intervenues sous le régime de la *LRTA* cessent de s'appliquer, de même que les droits de tout syndicat accrédité comme agent négociateur. Elle interdit expressément à l'employeur d'user de représailles à l'endroit de travailleurs ayant exercé des activités syndicales en application de la *LRTA*. La *LMLRTE* a pour effet d'assujettir les travailleurs agricoles à la clause d'exclusion de la *LRT* (al. 3b)). L'Alberta est la seule autre province canadienne à exclure totalement les travailleurs agricoles de sa législation des relations de travail.

La *LRT* est une loi substantielle qui établit un régime complet de relations de travail. On peut juger de son exhaustivité en comparant ses 169 articles aux 27 que comptait la *Loi de 1943 sur les négociations collectives*.

La *LRT* renferme, au par. 1(1), une longue définition du mot « agriculture » :

« agriculture » S'entend de tous ses domaines d'activité, notamment la production laitière, l'apiculture, l'aquiculture, l'élevage du bétail, dont l'élevage non traditionnel, l'élevage des animaux à fourrure et de la volaille, la production, la culture et la récolte de produits agricoles, y compris les œufs, les produits de l'érable, les champignons et le tabac, et toutes les pratiques qui font partie intégrante d'une exploitation agricole. La présente définition exclut toutefois tout ce qui n'a pas ou n'aurait pas été établi comme étant de l'agriculture aux termes de l'article 2 de la Loi que la présente loi remplace telle qu'elle existait au 22 juin 1994.

La disposition d'exclusion de la *LRT* reprend en grande partie le libellé de l'ancienne loi :

3. La présente loi ne s'applique pas, selon le cas :

a) au domestique employé dans un foyer privé;

b) à la personne qui est employée à l'agriculture, à la chasse ou au piégeage;

(c) to a person, other than an employee of a municipality or a person employed in silviculture, who is employed in horticulture by an employer whose primary business is agriculture or horticulture;

(d) to a member of a police force within the meaning of the *Police Services Act*;

(e) except as provided in Part IX of the *Fire Protection and Prevention Act, 1997*, to a person who is a firefighter within the meaning of subsection 41(1) of that Act;

(f) to a member of a teachers' bargaining unit established by Part X.1 of the *Education Act*, except as provided by that Part, or to a supervisory officer, a principal or a vice-principal;

(g) to a member of the Ontario Provincial Police Force;

(h) to an employee within the meaning of the *Colleges Collective Bargaining Act*;

(i) to a provincial judge; or

(j) to a person employed as a labour mediator or labour conciliator. [Emphasis added.]

It is worth noting that apart from the first three excluded categories, the remaining targets of the exclusion belong to groups that enjoy legal and social recognition and respect. Members of these groups must undergo rigorous selection and training processes before gaining admittance, and they generally enjoy stable employment conditions, comfortable salaries and benefits during their working lives, and adequate pension plans upon retirement. In many cases they also enjoy the protection and services of an established and dedicated union, which can engage in collective bargaining pursuant to other statutes. A parallel can be drawn between the situation of members of these relatively privileged and correspondingly less vulnerable groups, and the RCMP officers in *Delisle, supra*.

In stark contrast, entry into the first three excluded categories generally requires little if any formal training. And, at least insofar as agricultural workers are concerned, working conditions are characterized by long hours, low wages, little job security or social recognition, and few employment benefits beyond those strictly mandated by law (see

c) à la personne qui est employée dans l'horticulture par un employeur dont l'entreprise principale est l'agriculture ou l'horticulture, sauf si elle est au service d'une municipalité ou employée en silviculture;

d) au membre d'un corps de police au sens de la *Loi sur les services policiers*;

e) sauf disposition contraire de la partie IX de la *Loi de 1997 sur la prévention et la protection contre l'incendie*, à la personne qui est un pompier au sens du paragraphe 41(1) de cette loi;

f) au membre d'une unité de négociation d'enseignants constituée par la partie X.1 de la *Loi sur l'éducation*, sauf disposition contraire de cette partie, ni à l'agent de supervision, au directeur d'école ou au directeur adjoint;

g) au membre de la Police provinciale de l'Ontario;

h) à l'employé au sens de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*;

i) au juge provincial;

j) à la personne employée comme médiateur ou conciliateur en matière de relations de travail. [Je souligne.]

Il convient de signaler que, à l'exception des trois premières catégories exclues, les groupes professionnels visés par l'exclusion jouissent de la reconnaissance et du respect sur les plans juridique et social. Leurs membres sont admis à l'issue d'une procédure de sélection et d'une formation rigoureuses, ils bénéficient généralement, pendant leur vie active, de conditions d'emploi stables, de salaires et d'avantages confortables et, à la retraite, d'un régime de pension adéquat. Souvent, ils ont également droit à la protection et aux services d'un syndicat établi et spécifique, qui peut entreprendre une négociation collective sous le régime d'autres lois. On peut comparer la situation des membres de ces catégories relativement privilégiées et, par conséquent, moins vulnérables, à celle des agents de la GRC dans *Delisle*, précité.

À l'opposé, l'accès aux trois premières catégories exclues n'exige généralement pas de formation particulière ou en exige très peu. En ce qui concerne du moins les travailleurs agricoles, les conditions de travail se caractérisent par de longues heures de travail, des salaires peu élevés, une faible sécurité d'emploi ou reconnaissance sociale et de

the affidavit of Professor Judy Fudge from Osgoode Hall Law School). As Sharpe J. noted in his reasons, “agricultural workers are a disadvantaged group. They are poorly paid, face difficult working conditions, have low levels of skill and education, low status and limited employment mobility” (p. 216).

rares avantages accordés en sus de ceux exigés par la loi (voir l’affidavit du professeur Judy Fudge, Osgoode Hall Law School). Comme le souligne le juge Sharpe dans ses motifs, [TRADUCTION] « les travailleurs agricoles forment un groupe défavorisé. Ils sont mal rémunérés, ils ont des conditions de travail difficiles, une formation et une instruction limitées, un statut peu élevé et une mobilité d’emploi restreinte » (p. 216).

103 I would like to make explicit reference to the fact that in these reasons we are not deciding on the rights, or lack thereof, of foreign seasonal agricultural workers and their families, who are regulated under federal legislation.

Je tiens à bien préciser que les présents motifs ne traitent pas des droits qu’ont ou que n’ont pas les travailleurs agricoles saisonniers étrangers et leurs familles, lesquels relèvent de la compétence législative fédérale.

104 II. Charter Analysis

II. L’analyse fondée sur la Charte

At issue in the present appeal is whether the impugned legislation violates the appellants’ freedom of association and equality rights guaranteed under the *Charter*.

La question en litige est de savoir si les dispositions contestées violent la liberté d’association et les droits à l’égalité garantis aux appelants par la *Charte*.

105 In *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, McLachlin J. (as she then was), stated that “[t]he *Charter* has changed the balance of power between the legislative branch and the executive on the one hand, and the courts on the other hand, by requiring that all laws and government action must conform to the fundamental principles laid down in the *Charter*” (p. 389 (emphasis added)).

Dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, le juge McLachlin, maintenant Juge en chef, dit : « La *Charte* a modifié l’équilibre des forces entre la branche législative et l’exécutif, d’une part, et les tribunaux, d’autre part, en exigeant que toutes les lois et mesures gouvernementales soient conformes aux principes fondamentaux énoncés dans celle-ci » (p. 389 (je souligne)).

106 As stated by Dickson J. (as he then was), for this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156, the intent of the *Charter* is to constrain government action:

Comme le dit au nom de la Cour le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156, l’intention qui sous-tend la *Charte* est de contraindre l’action gouvernementale :

I begin with the obvious. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms. [Emphasis added.]

Je commence par ce qui est évident. La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu’elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d’agir à l’encontre de ces droits et libertés; [Je souligne.]

107 This Court has, on several occasions, set forth the guidelines to be employed in construing *Charter* provisions. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 119, Dickson C.J. stated that “[t]o identify the

À plusieurs occasions, notre Cour a dégagé les paramètres d’interprétation des dispositions de la *Charte*. Dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 119, le juge en chef Dickson dit que, « pour

underlying purpose of the *Charter* right in question . . . it is important to begin by understanding the cardinal values it embodies". In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, Dickson J. stated:

In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis added.]

As stated by Laycraft J.A. of the Court of Appeal of Alberta in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 49 A.R. 194, "the *Charter* has both a positive and a negative impact. Acting positively it grants and guarantees rights to Canadians; negatively it imposes a corresponding and opposite limit on the power of government" (p. 203).

In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 60, the majority discussed the scope of government obligations under s. 32 of the *Charter* in the context of underinclusive legislation:

The relevant subsection, s. 32(1)(b), states that the *Charter* applies to "the legislature and government of

identifier l'objet qui sous-tend le droit garanti par la *Charte* dont il est question en l'espèce, il est important de commencer par comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à ce droit ». Dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, le juge Dickson dit :

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de [notre] Cour [dans] *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [Je souligne.]

Comme le juge Laycraft de la Cour d'appel de l'Alberta l'exprimait dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 49 A.R. 194, [TRADUCTION] « la *Charte* a des répercussions positives et des répercussions négatives. Elle confère et garantit des droits aux Canadiens, mais, à l'inverse, elle restreint le pouvoir de l'État » (p. 203).

Dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 60, la majorité traite de l'étendue des obligations que l'art. 32 de la *Charte* impose à l'État dans le contexte d'une loi dont la portée est trop limitative :

L'alinéa 32(1)(b) dit que la *Charte* s'applique « à la législature et au gouvernement de chaque province,

108

109

each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province". There is nothing in that wording to suggest that a positive act encroaching on rights is required; rather the subsection speaks only of matters within the authority of the legislature. Dianne Pothier has correctly observed that s. 32 is "worded broadly enough to cover positive obligations on a legislature such that the *Charter* will be engaged even if the legislature refuses to exercise its authority" ("The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak" (1996), 7 *Constitutional Forum* 113, at p. 115). The application of the *Charter* is not restricted to situations where the government actively encroaches on rights. [Emphasis in original.]

pour tous les domaines relevant de cette législature ». Rien n'indique qu'une action positive empiétant sur des droits soit nécessaire; en fait, l'alinéa parle uniquement des domaines relevant de cette législature. Dianne Pothier a fait remarquer à juste titre que l'art. 32 est [TRADUCTION] « rédigé d'une manière assez générale pour viser les obligations positives du législateur, de telle sorte que la *Charte* s'appliquera même lorsque le législateur refuse d'exercer son pouvoir » (« The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak » (1996), 7 *Forum constitutionnel* 113, à la p. 115). L'application de la *Charte* n'est pas limitée aux cas où par son action le gouvernement empiète sur des droits. [Souligné dans l'original.]

110 The original Acts were drafted and amended in the pre-*Charter* era. To develop an *ex post facto* finding of *Charter*-complying legislative intent would be a speculative exercise. The same cannot be said about the drafting of the 1995 legislation, which must meet the constitutional guarantees set out in the *Charter*. The entrenchment of the *Charter* marks an important date in our legal evolution.

Les lois initiales ont été rédigées et modifiées avant l'adoption de la *Charte*. Dégager a posteriori une conclusion quant à la conformité de l'intention du législateur à la *Charte* relèverait de la pure conjecture. On ne peut en dire autant de la législation de 1995 qui doit être conforme aux garanties constitutionnelles énoncées dans la *Charte*. La constitutionnalisation de la *Charte* est une étape marquante de l'évolution de notre droit.

A. Section 2(d) Analysis

A. L'analyse fondée sur l'al. 2d)

111 The appellants claim that the *LRESLAA* and the *LRA* violate agricultural workers' freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*. The freedom of association is a fundamental freedom under the *Charter*. In the *Alberta Reference*, *supra*, Dickson C.J. elaborated on the role of freedom of association as follows, at p. 334:

Les appelants soutiennent que la *LMLRTE* et la *LRT* portent atteinte à la liberté d'association conférée par l'al. 2d) de la *Charte* aux travailleurs agricoles. La liberté d'association est une liberté fondamentale garantie par la *Charte*. Dans le *Remoi relatif à l'Alberta*, précité, p. 334, le juge en chef Dickson en décrit le rôle :

Freedom of association is the freedom to combine together for the pursuit of common purposes or the advancement of common causes. It is one of the fundamental freedoms guaranteed by the *Charter*, a *sine qua non* of any free and democratic society, protecting individuals from the vulnerability of isolation and ensuring the potential of effective participation in society. In every area of human endeavour and throughout history individuals have formed associations for the pursuit of common interests and aspirations. Through association individuals are able to ensure that they have a voice in shaping the circumstances integral to their needs, rights and freedoms. [Emphasis added.]

La liberté d'association, c'est la liberté de s'unir dans la poursuite d'un objectif commun ou pour promouvoir une cause commune. C'est l'une des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, une condition essentielle de toute société libre et démocratique, qui protège les individus de la vulnérabilité résultant de l'isolement et qui assure la possibilité d'avoir une participation efficace dans la société. Dans toutes les sphères de l'activité humaine et tout au long de l'histoire, des individus ont formé des associations vouées à la poursuite d'intérêts et d'aspirations communs. En s'associant, les individus parviennent à faire entendre leur voix pour façonner ce qui permet de répondre à leurs besoins, à leurs droits et à leurs libertés. [Je souligne.]

112 In the same case, McIntyre J. stated at p. 408 that the "fundamental purpose of freedom of

Dans la même affaire, le juge McIntyre dit, à la p. 409, que « l'objet fondamental de la liberté

association . . . [is] to permit the collective pursuit of common goals”.

In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 252, Wilson J. reviewed the analysis on freedom of association in the *Alberta Reference*, *supra*, and concluded that:

[I]n construing the purpose behind s. 2(d) this Court was unanimous in finding that freedom of association is meant to protect the collective pursuit of common goals. This reading of the purpose behind the guarantee of freedom of association has been confirmed in more recent cases. For instance, s. 2(d) was considered again in the labour relations context in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 (“P.I.P.S.”). [Emphasis added.]

Thus, I agree with my colleague Bastarache J. that the purpose of s. 2(d) is to protect the collective pursuit of common goals. With respect, however, I do not agree with his assertion that the right not to associate is protected under s. 2(d) of the *Charter* (see *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70), but this right is not implicated in the present case, and I say no more about it.

Worker organizations are a powerful and vibrant example of the collective pursuit of common goals. In the *Alberta Reference*, *supra*, at pp. 334-35, Dickson C.J. commented on the fundamental importance of the freedom to associate in the context of labour relations:

Freedom of association is the cornerstone of modern labour relations. Historically, workers have combined to overcome the inherent inequalities of bargaining power in the employment relationship and to protect themselves from unfair, unsafe, or exploitative working conditions. As the United States Supreme Court stated in *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), at p. 33:

Long ago we stated the reason for labour organizations. We said that they were organized out of the necessities of the situation; that a single employee was helpless in dealing with an employer; that he was dependent ordinarily on his daily wage for the maintenance of himself and family; that if the employer

d’association [. . .] est de permettre la poursuite collective d’objectifs communs ».

Dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 252, le juge Wilson considère l’analyse de la liberté d’association dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* et conclut :

[N]otre Cour, en interprétant l’objectif qui sous-tend l’al. 2d), a conclu unanimement que la liberté d’association vise à protéger la poursuite collective d’objectifs communs. Cette interprétation de l’objet de la garantie de la liberté d’association a été confirmée dans des arrêts plus récents. Par exemple, l’al. 2d) a encore fait l’objet d’un examen dans le contexte des relations de travail dans *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« I.P.F.P. »). [Je souligne.]

Par conséquent je suis d’accord avec mon collègue le juge Bastarache que l’objet de l’al. 2d) est de protéger la poursuite collective d’objectifs communs. En revanche, je ne suis pas d’accord avec son affirmation que le droit de ne pas s’associer est protégé par l’al. 2d) de la *Charte* (voir *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70), mais ce droit n’est pas en cause en l’espèce et je ne m’y attarde pas davantage.

Les organisations ouvrières sont un exemple puissant et vibrant de la poursuite collective d’objectifs communs. Dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, précité, p. 334-335, le juge en chef Dickson souligne l’importance fondamentale de la liberté d’association dans le contexte des relations de travail :

La liberté d’association constitue la pierre angulaire des relations de travail modernes. Historiquement, les travailleurs se sont unis pour aplanir les inégalités de puissance de négociation inhérentes aux relations employeur-employé et se prémunir contre des conditions de travail injustes, dangereuses ou favorisant l’exploitation. Comme l’a dit la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), à la p. 33 :

[TRADUCTION] Il y a longtemps nous avons exposé la raison d’être des organisations ouvrières. Nous avons dit qu’elles se sont formées pour répondre à l’urgence de la situation; qu’un simple employé était démuné quand il traitait avec un employeur et qu’il était habituellement tributaire de son salaire quotidien pour ce

113

114

115

refused to pay him the wages that he thought fair, he was nevertheless unable to leave the employ and resist arbitrary and unfair treatment; . . .

The “necessities of the situation” go beyond, of course, the fairness of wages and remunerative concerns, and extend to matters such as health and safety in the work place, hours of work, sexual equality, and other aspects of work fundamental to the dignity and personal liberty of employees. [Emphasis added.]

116 The above comments reflect universal aspirations, and it is not surprising that Senator Wagner’s words, *supra*, at para. 85, closely resemble the language employed by Dickson C.J. close to half a century later.

117 In *Delisle, Cory and Iacobucci JJ.*, writing in dissent, stated, at para. 67:

The Court has also acknowledged the inherent vulnerability and inequality of the individual employee in the workplace in the face of management. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1051, Dickson C.J. concluded, on behalf of the majority of the Court, that employees are a vulnerable group in Canadian society. In *Wallace, supra*, Iacobucci J. noted that this vulnerability is underscored by the very importance which our society attaches to employment. He emphasized the inequality of bargaining power and information between employees and employers, noting that this power imbalance is not limited to the context of the employment contract proper, but rather affects “virtually all facets of the employment relationship”: para. 92.

118 In the *Alberta Reference, supra*, Dickson C.J., while commenting about the freedom of association, stated, at p. 368:

Work is one of the most fundamental aspects in a person’s life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person’s employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being. Accordingly, the conditions in which a person works are highly significant in shaping the whole compendium of psychological, emotional and physical elements of a person’s dignity and self respect.

qui est de son entretien et de celui de sa famille; que si l’employeur refusait de lui payer le salaire qu’il estimait juste, il était néanmoins incapable de quitter son emploi et de résister à un traitement arbitraire et injuste; . . .

Il va sans dire que l’« urgence de la situation » signifie plus que des salaires justes et des préoccupations d’ordre pécuniaire et qu’elle vise également des sujets comme la santé et la sécurité au travail, les heures de travail, l’égalité des sexes et d’autres aspects des tâches qui sont fondamentaux pour la dignité et la liberté personnelle des employés. [Je souligne.]

Ces observations traduisent des aspirations universelles et il n’est pas étonnant que les propos du sénateur Wagner, précités, par. 85, s’apparentent beaucoup à ceux qu’a tenus le juge en chef Dickson près d’un demi-siècle plus tard.

Voici ce que disent les juges Cory et Iacobucci, dissidents, dans *Delisle*, par. 67 :

Notre Cour a aussi reconnu la vulnérabilité inhérente et l’inégalité de l’employé face à la direction en milieu de travail. Dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1051, le juge en chef Dickson a conclu, au nom de notre Cour à la majorité, que les employés sont un groupe vulnérable dans la société canadienne. Dans *Wallace*, précité, le juge Iacobucci a fait remarquer que cette vulnérabilité ressort de l’importance même que notre société accorde à l’emploi. Il a souligné l’inégalité qui existe entre l’employé et l’employeur sur le plan du pouvoir de négociation et des renseignements dont ils disposent, faisant remarquer que cette inégalité du rapport de force n’est pas limitée au contrat de travail lui-même, mais touche plutôt à « presque toutes les facettes de la relation entre l’employeur et son employé » : par. 92.

Dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 368, le juge en chef Dickson, parlant de la liberté d’association, déclare :

Le travail est l’un des aspects les plus fondamentaux de la vie d’une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L’emploi est une composante essentielle du sens de l’identité d’une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C’est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l’ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu’elle a d’elle-même.

In *Lavigne, supra*, at p. 241, Wilson J. reiterated that the *Charter* is concerned with the purpose of state action with regards to *Charter* rights as well as their effect on an individual's guaranteed rights or freedoms. The oft-quoted passage from Dickson J. in *Big M Drug Mart, supra*, summarizes the point, at p. 331:

In my view, both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation. All legislation is animated by an object the legislature intends to achieve. This object is realized through the impact produced by the operation and application of the legislation. Purpose and effect respectively, in the sense of the legislation's object and its ultimate impact, are clearly linked, if not indivisible. Intended and actual effects have often been looked to for guidance in assessing the legislation's object and thus, its validity. [Emphasis added.]

Purpose of the Exclusion Clause

The purpose of s. 3(b) of the *LRA* is clear: to prevent agricultural workers from unionizing. This purpose infringes s. 2(d) of the *Charter*.

In *Delisle, supra*, at para. 6, after expressing my agreement with Cory and Iacobucci JJ. with regard to their views on the importance of freedom of association and the inherent vulnerability of workers in the face of management, I added that:

The unique context of labour relations must always be considered in constitutional claims in this area, and the right to freedom of association must take into account the nature and importance of labour associations as institutions that work for the betterment of working conditions and the protection of the dignity and collective interests of workers in a fundamental aspect of their lives: employment. The contextual approach to *Charter* analysis must also take into account the history of the need for government intervention to make effective the rights of workers to associate together. I agree with my colleagues that both intrinsic and extrinsic sources are admissible and significant in determining legislative purpose and effects, and with their comments on the fact that an invalid purpose is sufficient to find a violation of a *Charter* right. [Emphasis in original.]

Dans *Lavigne*, précité, p. 241, le juge Wilson rappelle que la *Charte* s'adresse à l'objet d'une mesure gouvernementale à l'égard des droits qu'elle garantit, ainsi qu'à son effet sur les droits ou les libertés constitutionnels de l'individu. Cet extrait souvent cité des motifs du juge Dickson dans *Big M Drug Mart*, précité, p. 331, exprime bien ce point :

À mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide. Toute loi est animée par un but que le législateur compte réaliser. Ce but se réalise par les répercussions résultant de l'opération et de l'application de la loi. L'objet et l'effet respectivement, au sens du but de la loi et de ses répercussions ultimes, sont nettement liés, voire inséparables. On s'est souvent référé aux effets projetés et aux effets réels pour évaluer l'objet de la loi et ainsi sa validité. [Je souligne.]

L'objet de la clause d'exclusion

L'objet de l'al. 3b) de la *LRT* est clair : empêcher les travailleurs agricoles de se syndiquer. Cet objet contrevient à l'al. 2d) de la *Charte*.

Dans *Delisle*, précité, après avoir exprimé mon accord avec l'opinion des juges Cory et Iacobucci relativement à l'importance de la liberté d'association et à la vulnérabilité inhérente des travailleurs face à la direction, j'ajoute (au par. 6) :

Il faut toujours tenir compte du contexte unique des relations du travail lorsqu'il s'agit de demandes fondées sur la Constitution dans ce domaine, et la liberté d'association doit être interprétée en fonction de la nature et de l'importance des associations de travailleurs en tant qu'institutions œuvrant pour l'amélioration des conditions de travail et pour la protection de la dignité et des intérêts collectifs des travailleurs dans un aspect fondamental de leur vie : l'emploi. De même, l'analyse contextuelle fondée sur la *Charte* doit également tenir compte de la nécessité traditionnelle de l'intervention gouvernementale pour rendre exécutoires les droits d'association des travailleurs. Je suis d'accord avec mes collègues que tant les sources intrinsèques que les sources extrinsèques sont admissibles et importantes pour déterminer l'objet et les effets d'une mesure législative, et je souscris à leurs observations sur le fait que l'existence d'un objet invalide est suffisante pour que l'on puisse conclure à une violation d'un droit garanti par la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

119

120

121

122

In *Delisle* I based my conclusion that no s. 2(d) breach had taken place in part on the fact that the evidence “[did] not show that the object of the exclusion was to impede the formation of independent employee associations”, but rather that “the exclusion stemmed from a desire not to grant RCMP members all of the rights contemplated by the legislation and access to the particular remedies contained within it” (para. 5). In that case, the employer was the government and thus it was possible to presume that the government/employer knew of its responsibility under the *Charter* to respect the workers’ associational rights. As a result, it was possible to assume that the purpose of the impugned law was to deny RCMP employees certain statutory benefits, but still respect their basic right to associate. That is not the case here, where the employers are not part of government, and therefore their anti-associational acts could not be challenged under the *Charter*. Accordingly, there can be no presumption that the Ontario government expected that the *Charter* would protect farm workers’ basic freedom to associate.

Dans *Delisle*, par. 5, ma conclusion qu’il n’y a pas atteinte à l’al. 2d) se fonde en partie sur le fait que la preuve ne révélait pas « que l’exclusion visait à empêcher la formation d’associations d’employés indépendantes », mais indiquait plutôt que « cette exclusion découlait de la volonté de ne pas accorder aux membres de la GRC tous les droits prévus par la mesure législative en question et de ne pas leur donner accès aux réparations particulières qu’elle contient ». Dans cette affaire, l’employeur était le gouvernement et on pouvait présumer que le gouvernement employeur connaissait son obligation en vertu de la *Charte* de respecter les droits d’association des travailleurs. On pouvait donc présumer que l’objet de la loi attaquée était de priver des employés de la GRC de certains avantages légaux, tout en respectant leur droit fondamental de s’associer. Ce n’est pas le cas en l’espèce car les employeurs ne font pas partie du gouvernement et, de ce fait, les mesures prises pour empêcher l’association ne peuvent être contestées en vertu de la *Charte*. C’est pourquoi on ne peut présumer que le gouvernement de l’Ontario s’attendait à ce que la *Charte* protège la liberté fondamentale d’association des travailleurs agricoles.

123

I respectfully disagree with my colleague when he argues that there was no clear evidence of intent on the part of the government of Ontario to breach the s. 2(d) rights of the appellants. It is difficult to countenance such a thesis in light of the factual record which includes not only the direction to terminate existing associations contained in the *LRESLAA* and the s. 3(b) exclusion contained in the *LRA*, but also the repeated instances where government officials made it clear that the new Act’s intent was to hinder union-related activities in the agricultural sector, including comments made to members of the provincial legislature before they voted on the *LRESLAA*.

Avec égards, je ne partage pas l’avis de mon collègue selon lequel aucun élément de preuve n’établit clairement l’intention du gouvernement ontarien de porter atteinte aux droits des appelants suivant l’al. 2d). Il est difficile de souscrire à cette thèse compte tenu des faits établis en l’espèce, ce qui comprend non seulement la directive de dissoudre les associations existantes, selon la *LMLRTE*, et l’exclusion prévue à l’al. 3b) de la *LRT*, mais aussi de nombreuses déclarations de représentants du gouvernement indiquant clairement que l’intention de la nouvelle loi était d’empêcher l’activité syndicale dans le secteur agricole, et notamment les remarques formulées à l’intention des députés provinciaux avant qu’ils ne votent l’adoption de la *LMLRTE*.

124

To interpret the factual record so narrowly by arguing that it was not clear whether these statements were aimed solely at curtailing unprotected rights to engage in collective bargaining or whether they were also aimed at curtailing *Charter*-protected

Il est contraire à la jurisprudence sur l’analyse téléologique de la *Charte* d’interpréter la preuve factuelle de manière aussi étroite sous prétexte que l’on ne peut établir avec certitude si les déclarations en cause visaient uniquement à restreindre le droit

associational rights defies purposive *Charter* jurisprudence. It appears to me that in situations, such as this one, where there are strong indicia that the intent of a legislative initiative is to curtail a *Charter* right, the onus shifts to the government to justify the breach under s. 1.

I believe that, in the circumstances of this case, the proper approach is the one taken by Dickson J. in *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 334:

... I agree with the respondent that the legislation's purpose is the initial test of constitutional validity and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test. If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid. Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose. [Emphasis added.]

Charter litigation decisions cannot be made in a factual vacuum. However, it is important to assess carefully on whom the burden of proof should lie, and the degree of proof required. Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle* present a helpful outline, at para. 76:

A *Charter* claimant who seeks to establish that impugned legislation infringes a *Charter* right or freedom by virtue of its purpose bears the onus of establishing the alleged invalid purpose on a balance of probabilities. The ordinary rules of evidence applicable in civil trials apply. Accordingly, it cannot be assumed that the purpose of a law is invalid solely because an invalid purpose is a plausible purpose of the law. There must be clear evidence that an invalid purpose is probable. In addition, the evidence must rebut the presumption of constitutionality. That is, if there are two equally probable purposes for the impugned legislation, and one of these purposes is valid and is not inextricably linked to the invalid purpose, then the valid purpose is presumed to apply: *Slaight Communications*, *supra*, at

non protégé de négocier collectivement ou si elles visaient également à restreindre la liberté d'association garantie par la *Charte*. J'estime que dans une situation où, comme en l'espèce, il y existe de solides indices que l'intention du législateur est de restreindre un droit garanti par la *Charte*, il incombe alors au gouvernement de justifier l'atteinte en vertu de l'article premier.

Vu les circonstances de la présente affaire, je crois que la démarche qui s'impose est celle du juge Dickson dans *Big M Drug Mart*, précité, p. 334 :

... je partage l'avis de l'intimée que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère. Si elle ne satisfait pas au critère de l'objet, il n'est pas nécessaire d'étudier davantage ses effets parce que son invalidité est dès lors prouvée. Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Bref, le critère des effets n'est nécessaire que pour invalider une loi qui a un objet valable; les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable. [Je souligne.]

On ne peut trancher dans l'abstrait les litiges relatifs à l'application de la *Charte*. Cependant, il importe de déterminer soigneusement qui devrait avoir le fardeau de la preuve et quel est le degré de preuve exigé. À cet égard, les juges Cory et Iacobucci, au par. 76 de *Delisle*, font une analyse utile :

Il incombe à l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte* qui cherche à établir que, par son objet, la mesure législative contestée porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* de prouver, selon la prépondérance des probabilités, l'existence de l'objet invalide allégué. Les règles ordinaires de la preuve en matière civile s'appliquent. Par conséquent, on ne saurait présumer que l'objet d'une loi est invalide uniquement parce qu'un objet invalide est un objet plausible de cette loi. Il doit y avoir une preuve claire de l'existence probable d'un objet invalide. En outre, la preuve doit réfuter la présomption de constitutionnalité. Autrement dit, si la mesure législative contestée comporte deux objets tout aussi probables l'un que l'autre et que l'un de ces objets est valide et non inextricablement lié à l'objet invalide,

125

126

p. 1078, *per* Lamer J. (as he then was); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 581-82, *per* Lamer C.J. However, where the *Charter* claimant is able to adduce a preponderance of evidence of the invalid purpose, the presumption of constitutionality is rebutted and the court is required to find an infringement of the *Charter*. [Emphasis added.]

l'objet valide est alors présumé s'appliquer : *Slaight Communications*, précité, à la p. 1078, le juge Lamer (plus tard Juge en chef); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 581 et 582, le juge en chef Lamer. Cependant, lorsque l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte* est en mesure d'établir l'existence de l'objet invalide selon la prépondérance de la preuve, la présomption de constitutionnalité est réfutée et la cour doit conclure qu'il y a violation de la *Charte*. [Je souligne.]

127 In assessing whether the purpose of a legislative provision is constitutional, “the court [should] consider only the purpose of the provision itself and not the broader purpose of the surrounding legislation as a whole” (*Delisle, supra, per* Cory and Iacobucci JJ., at para. 78). Thus, in the present appeal, the essential issue under s. 2(d) of the *Charter* is whether the purpose of s. 80 of the *LRESLAA* and s. 3(b) of the *LRA* infringes freedom of association, not whether the legislation as a whole does so. Both intrinsic and extrinsic sources are admissible and important in determining legislative purpose.

Pour déterminer la constitutionnalité de l'objet d'une disposition législative, « la cour n'examine que l'objet de la disposition elle-même, et non pas l'objet général de l'ensemble de la mesure législative dans laquelle elle se trouve » (les juges Cory et Iacobucci, *Delisle*, par. 78). Par conséquent, dans le cadre du présent pourvoi, la question essentielle qui se pose relativement à l'al. 2d) de la *Charte* est de savoir si l'objet de l'art. 80 de la *LMLRTE* et de l'al. 3b) de la *LRT*, et non de l'ensemble du régime législatif, porte atteinte à la liberté d'association. Tant les sources intrinsèques que les sources extrinsèques sont admissibles et importantes pour circonscrire l'objet de la législation.

128 The evidence in this case leads me to conclude that this is one of those rare cases in which the Ontario Legislature's purpose in enacting a legislative provision must be found to infringe the *Charter*. There is clear evidence that on a balance of probabilities the Legislature's purpose in enacting the impugned s. 3(b) was to ensure that persons employed in agriculture “remained vulnerable to management interference with their associational activities, in order to prevent the undesirable consequences which it was feared would result from [agricultural workers'] labour associations” (*Delisle, supra, per* Cory and Iacobucci JJ., at para. 80).

La preuve en l'espèce m'amène à conclure qu'il s'agit d'un des rares cas où l'objet poursuivi par le législateur ontarien par l'adoption d'une disposition législative doit être tenue pour contraire à la *Charte*. La preuve est claire, selon la prépondérance des probabilités, que l'objectif du législateur, en adoptant l'al. 3b) contesté, était de faire en sorte que les personnes employées à l'agriculture « restent vulnérables à l'ingérence de la direction dans leurs activités associatives, de manière à éviter les conséquences peu souhaitables qui, craignait-on, résulteraient des associations [de travailleurs agricoles] » (les juges Cory et Iacobucci, *Delisle*, par. 80).

129 There were several official announcements as to the purpose of s. 3(b). These can be categorized as announcements where the concept of protecting the “family farm” from unionization featured prominently, and those where incompatibility between agriculture and unionization was cited as the reason for the repeal of the *ALRA*.

Plusieurs déclarations officielles ont été faites concernant l'objet de l'al. 3b). Elles appartiennent à deux catégories : celles où prédomine la volonté de protéger la « ferme familiale » contre la syndicalisation, et celles où l'incompatibilité entre agriculture et syndicalisation est invoquée pour justifier l'abrogation de la *LRTA*.

130 The following fall into the first category: (i) a statement by the Ontario Minister of Labour in the

On trouve dans la première catégorie (i) la déclaration suivante de la ministre du Travail de

Legislature on October 4, 1995, upon introducing the *LRESLAA*, that “[t]his action . . . recognizes that unionization of the family farm has no place in Ontario’s key agricultural sector”; and (ii) a statement by the Ontario Minister of Agriculture, Food and Rural Affairs also in the Legislature and on the same date that “[o]ur farmers, who are on the agri-food industry’s front lines, are looking to us to help them maintain their competitive edge in the new global marketplace. . . . [T]he *Agricultural Labour Relations Act* is aimed directly at unionizing the family farm. We do not believe in the unionization of the family farm” (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, October 4, 1995, at pp. 99-100).

In the second category, the statements refer to agriculture in general, without specific reference to family farms. First, a media kit released by the government gave the following explanation as to why the *ALRA* was being repealed: “The horticulture and agriculture sectors are extremely sensitive to time and to climate conditions as these directly affect production of many agricultural commodities. For this reason, these sectors would have great difficulty adapting to the presence of unions”. Second, on January 17, 1996, after the enactment of the *LRESLAA*, the Minister of Labour responded in a letter that “[t]he Government repealed Bill 91 because of the Government’s view that unionization in the agricultural sector is incompatible with the unique characteristics of that sector”.

Contrasting the first statement from the Ontario Minister of Labour from the latter one, it seems that if the purpose of the *LRESLAA* was to protect the family farm from unionization, then passage of a statute prohibiting all unionization in Ontario’s agricultural sector reflects overreach.

In addition, the comments Cory and Iacobucci JJ. make in *Delisle, supra*, at para. 87, are germane:

l’Ontario devant l’assemblée législative, le 4 octobre 1995, lors de la présentation de la *LMLRTE* : [TRADUCTION] « [c]ette mesure [. . .] reconnaît que la syndicalisation de la ferme familiale n’a pas sa place dans l’important secteur agricole de l’Ontario »; et (ii) cette déclaration du ministre de l’Agriculture de l’Ontario devant l’assemblée législative le même jour : [TRADUCTION] « [n]os agriculteurs, qui sont aux premières lignes de l’industrie agroalimentaire, comptent sur nous pour les aider à maintenir leur avantage concurrentiel dans le marché mondial [. . .] [L]a *Loi sur les relations de travail dans l’agriculture* vise directement la syndicalisation de la ferme familiale. Nous ne croyons pas en la syndicalisation de la ferme familiale » (Assemblée législative de l’Ontario, *Journal des débats*, 4 octobre 1995, p. 99-100).

Dans la deuxième catégorie, les déclarations portent sur l’agriculture en général, sans mention expresse des fermes familiales. D’abord, une pochette d’information produite par le gouvernement explique en ces termes pourquoi la *LRTA* est abrogée : [TRADUCTION] « Les secteurs de l’horticulture et de l’agriculture sont extrêmement sensibles aux conditions saisonnières et climatiques puisque ces facteurs ont un effet direct sur la production de nombre de produits agricoles. Voilà pourquoi ces secteurs auraient beaucoup de difficulté à s’adapter à la présence de syndicats ». Deuxièmement, le 17 janvier 1996, après l’adoption de la *LMLRTE*, la ministre du Travail répond dans une lettre que [TRADUCTION] « [l]e gouvernement a abrogé le projet de loi 91 parce qu’il estime que la syndicalisation du secteur agricole est incompatible avec les caractéristiques uniques de ce secteur ».

Si on compare la première déclaration de la ministre du Travail de l’Ontario et la dernière il semble que si l’objet de la *LMLRTE* était de protéger la ferme familiale de la syndicalisation, alors l’adoption d’une loi interdisant toute syndicalisation dans le secteur agricole de l’Ontario témoigne d’une portée excessive.

En outre, les commentaires des juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 87, sont pertinents :

131

132

133

In this context, leaving aside altogether the collective bargaining rights and the grievance procedure set out in the *PSSRA*, the fact that RCMP members are excluded from the application of even these limited associational protections is significant. The *PSSRA* is modelled upon *The Industrial Relations and Disputes Investigation Act*. It was enacted at a time when legislative awareness of the fundamental importance of the freedom of employees to associate was high, as evidenced by domestic and international legislation at the time. It is unquestionable that Parliament was aware of the importance of freedom of association for all employees, and of the possibility of protecting this freedom without providing all employees with collective bargaining rights. The symbolism inherent in declining to guarantee to RCMP members even the basic freedom to associate must have been recognized. [Emphasis added.]

Dans ce contexte, indépendamment des droits à la négociation collective et de la procédure de grief énoncés dans la *LRTFP*, le fait que les membres de la GRC soient soustraits même à l'application de ces protections limitées en matière d'association est révélateur. La *LRTFP* s'inspire de la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*. Elle a été adoptée au moment où le législateur était très conscient de l'importance fondamentale de la liberté d'association des employés, comme le démontrent les mesures législatives nationales et internationales adoptées à cette époque. Il ne fait aucun doute que le législateur était conscient de l'importance de la liberté d'association pour tous les employés et de la possibilité de protéger cette liberté sans accorder à tous les employés des droits à la négociation collective. Le symbolisme inhérent au refus de garantir aux membres de la GRC même la liberté fondamentale de s'associer doit avoir été reconnu. [Je souligne.]

134 . Substituting agricultural workers for the RCMP and the Ontario Legislature for the Parliament, and applying the facts to our situation leads to a similar conclusion as that reached by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, where, at para. 89, they state:

The key consideration, in examining Parliament's purpose in excluding members of the RCMP from the *PSSRA*, is the reason for the decision to exclude. If Parliament's purpose in excluding a particular employee group from a labour statute was to ensure that the employee group remained vulnerable to management interference with labour association, this is impermissible in light of s. 2(d). Even though the effect of the exclusion may be simply to maintain the *status quo* of employees whereby they are burdened with the inherent imbalance of power in the employment context, the central consideration is whether Parliament's deliberate decision to exclude flowed from a purpose that is in conflict with the fundamental freedom of employees to associate. It is of some relevance that the *status quo* in the labour relations context is one of inherent employee vulnerability to management interference with labour associations. It is simply not open to Parliament to enact a statutory provision where the motivation for enacting the provision is anti-associational, subject of course to s. 1 of the *Charter*. [Emphasis in original.]

En remplaçant les membres de la GRC par les travailleurs agricoles, et le législateur par l'Assemblée législative de l'Ontario, pour adapter les faits à la présente espèce, nous arrivons à une conclusion semblable à celle des juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 89 :

Le principal élément à considérer, en examinant l'objet visé par le législateur en excluant les membres de la GRC du régime de la *LRTFP*, est la raison de la décision d'exclure. Si l'objet visé par le législateur en excluant un groupe d'employés particulier du régime d'une loi en matière de travail était d'assurer que les employés de ce groupe resteraient vulnérables à l'ingérence de la direction dans leurs associations, il est inacceptable compte tenu de l'al. 2d). Même si l'exclusion peut simplement avoir pour effet de maintenir le statu quo d'employés, avec l'inégalité inhérente du rapport de force que cela comporte dans le contexte de leur emploi, la principale question à considérer est de savoir si la décision délibérée du législateur de procéder à l'exclusion visait un objet incompatible avec la liberté fondamentale des employés de s'associer. Il est pertinent jusqu'à un certain point que le statu quo dans le contexte des relations du travail comporte la vulnérabilité inhérente des employés à l'ingérence de la direction dans leurs associations. Il n'est simplement pas loisible au législateur d'adopter une disposition législative lorsque le motif de l'adopter est d'empêcher la formation d'associations, sous réserve naturellement de l'article premier de la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

135 As pointed out by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 102, another factor which may be of assistance would be the existence of

Comme le signalent les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 102, l'existence d'effets positifs quelconques que peut avoir eu l'exclusion des

any positive effect that the exclusion of persons employed in agriculture may have had on the associational freedom of such persons:

Dickson J. in *Big M Drug Mart*, *supra*, emphasized that the effects of impugned legislation need not be looked to if the purpose of the legislation is invalid, and further that even if the effects are looked to and found to be “inoffensive” this fact will not affect a finding that the purpose of the legislation is invalid. Nonetheless, courts may, where appropriate, look to the effects of legislation for assistance in inferring the legislation’s purpose, as Dickson J. noted, at p. 331. In particular, where the effects of the impugned legislation are contrary to the invalid purpose alleged by the Charter claimant, a court should weigh the evidence carefully before concluding that the purpose is indeed invalid. In light of the presumption of constitutionality, it is fitting for a court to look for the existence of any such beneficial effects before ruling that the purpose of a law is contrary to the *Charter*. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

The evidence before us fails to reveal any positive effects upon the associational freedom of persons employed in agriculture stemming from their exclusion from the *LRA*. In fact, I can point to the dearth of employee associations established by persons employed in agriculture in Ontario (see *Delisle*, at para. 106). The associational record is dismal. But so is the situation of agricultural workers across Canada when it comes to employee associations. Data for 1989 evidences that while, on average, 34.1 percent of Canadian workers belonged to unions, a mere 1.9 percent of workers in agriculture were unionized (*Arthurs*, *supra*, at para. 93).

The government argues that (a) the banning of unions does not prevent the creation of associations by agricultural workers; and (b) the government did not engage in anti-associational activity, but rather it was private parties who did so.

In the context of Ontario’s labour market, it would be disingenuous of the government to argue that it believed that following the enactment of the *LRA* the freedom of association of agricultural workers would be restricted solely in terms of union activities. The reality of the labour market, which has led

travailleurs agricoles sur leur liberté d’association peut être un autre facteur utile :

Dans l’arrêt *Big M Drug Mart*, précité, le juge Dickson a souligné qu’il n’est pas nécessaire de se référer aux effets d’une mesure législative contestée dont l’objet est invalide, et en outre que, même si les effets sont examinés et jugés « inoffensifs », cela ne change rien à la conclusion que l’objet de la mesure législative est invalide. Néanmoins, la cour peut, lorsque cela est indiqué, se référer aux effets d’une mesure législative pour en déduire l’objet, comme le souligne le juge Dickson, à la p. 331. En particulier, lorsque les effets de la mesure législative contestée sont contraires à l’objet invalide allégué par l’auteur d’une demande fondée sur la Charte, la cour devrait évaluer soigneusement la preuve avant de conclure que cet objet est vraiment invalide. Compte tenu de la présomption de constitutionnalité, il convient que la cour examine si de tels effets bénéfiques existent avant de décider que l’objet d’une loi est contraire à la *Charte*. [Je souligne; soulignement dans l’original supprimé.]

La preuve devant notre Cour ne révèle aucun effet positif de l’exclusion des travailleurs agricoles du régime de la *LRT* sur leur liberté d’association. En fait, je soulignerais la pénurie d’associations formées par les travailleurs agricoles en Ontario (voir *Delisle*, par. 106). Le bilan en matière d’associations est sombre. Il en est de même de la situation des travailleurs agricoles à l’échelle du Canada en ce qui concerne les associations d’employés. Les données pour 1989 révèlent que, par comparaison à un taux moyen de syndicalisation de 34,1 pour cent des travailleurs canadiens, seulement 1,9 pour cent des travailleurs agricoles étaient syndiqués (*Arthurs*, *op. cit.*, par. 93).

Le gouvernement soutient : a) que l’interdiction des syndicats n’empêche pas les travailleurs agricoles de créer des associations, et b) que ce n’est pas le gouvernement mais le secteur privé qui s’est livré à des activités visant à empêcher la formation d’associations.

Dans le contexte du marché du travail de l’Ontario, le gouvernement ne saurait prétendre croire qu’à la suite de l’adoption de la *LRT*, la liberté d’association des travailleurs agricoles ne serait limitée qu’à l’égard des activités syndicales. La réalité concrète du marché du travail, qui a conduit à l’élaboration

136

137

138

to the development of protective labour legislation, indicates that when the protection is removed without any restrictions or qualifications, associational rights are often infringed, or have the potential to be infringed, to an extent not confined to unionization activities. In my view, it cannot be said that the government was unaware, in advance, of this very effect of its legislation.

de mesures législatives de protection, montre que le retrait de la protection, sans restrictions ni conditions, s'accompagne souvent ou risque de s'accompagner d'atteintes aux droits d'association, atteintes dont la portée ne se limite pas aux seules activités syndicales. À mon avis, on ne peut pas dire que le gouvernement n'était pas conscient d'avance que les dispositions auraient précisément cet effet.

139 My colleague has concluded that the effect of the enactment of the *LRA* breaches s. 2(d) of the *Charter*. While I agree, I also believe that in a situation such as the present one, intent can be imputed on the government. Such cases will be rare and subject to specific circumstances. In this case, (a) the context is that of specialized legislation which seeks to maintain a delicate balance between employees and employers; (b) there was an absolute exclusion from protection; (c) it was in the reasonable contemplation of the government at the time of the enactment that the effect of the exclusion clause would be to affect associational freedoms beyond the realm of unionization, thus breaching s. 2(d) rights.

Mon collègue conclut que l'adoption de la *LRT* viole l'al. 2d) de la *Charte*. Je partage cette conclusion, mais je crois aussi que, dans un cas comme en l'espèce, il est possible d'en imputer l'intention au gouvernement. De tels cas se produisent rarement et sont fonction de circonstances particulières. En l'espèce, a) le contexte est celui d'une mesure législative spécialisée visant à maintenir un équilibre délicat entre employés et employeurs; b) l'exclusion de la protection est absolue; c) il était raisonnablement prévisible pour le gouvernement que l'adoption de la disposition d'exclusion affecterait les libertés d'association au-delà du domaine de la syndicalisation, portant ainsi atteinte aux droits protégés par l'al. 2d).

140 In the present case, the appellants claim that the government has breached the s. 2(d) rights of agricultural workers in Ontario because it has enacted a new labour statute, which leaves them perilously vulnerable to unfair labour practices. The appellants' claims have merit, particularly when viewed in the context of (a) the recent history of Ontario labour legislation, where the *ALRA* was enacted only to be repealed by new legislation mandating the dismantling of unions organized under the *LRA* and excluding agricultural workers from the *LRA* without any provisos for protection from unfair labour practices, except for a prohibition against reprisals for agricultural workers who organized under the *ALRA*; (b) the inherent vulnerability of workers when confronting management; (c) the specific vulnerability and powerlessness of agricultural workers; and (d) the long experience of labour strife which has led to the enactment of statutes protecting workers against unfair labour practices.

En l'espèce, les appelants soutiennent que le gouvernement a porté atteinte aux droits des travailleurs agricoles en Ontario reconnus à l'al. 2d) parce qu'il a adopté une nouvelle loi sur les relations de travail qui les rend dangereusement vulnérables aux pratiques déloyales de travail. Leurs arguments sont bien fondés, tout particulièrement lorsqu'ils sont examinés dans le contexte : a) de l'histoire récente de la législation ontarienne sur les relations de travail où, sitôt adoptée, la *LRTA* a été abrogée par une nouvelle loi imposant la dissolution des syndicats établis sous le régime de la *LRTA* et excluant les travailleurs agricoles de la *LRT* sans prévoir de protection contre les pratiques déloyales de travail, autre que l'interdiction de toutes représailles contre les travailleurs agricoles qui s'étaient syndiqués sous le régime de la *LRTA*; b) de la vulnérabilité inhérente des travailleurs face au patronat; c) de la vulnérabilité et de l'impuissance particulières des travailleurs agricoles; et d) de la longue expérience des conflits de travail qui a conduit à l'adoption de lois visant à protéger les travailleurs contre les pratiques déloyales de travail.

The difficulties facing employees attempting to organize without the benefit of statutory protection against unfair labour practices would appear to be much greater outside large urban centres, where at least it would be plausible to attend meetings and events without fear of the employer becoming aware of such initiatives. In the countryside, where many workers live on or near their place of employment, where the only meeting hall may be the local Legion or the dance hall in the nearest town, the odds would be stacked against escaping scrutiny by the employers.

My colleague makes the point that any interference with s. 2(d) rights must be substantial. While I agree with him that trivial breaches of the *Charter* should not be given much credence, I believe that we must seek to examine the severity of the *Charter* breach from the point of view of the party whose rights are affected. As I stated in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 58, “groups that are more socially vulnerable will experience the adverse effects of a legislative distinction more vividly than if the same distinction were directed at a group which is not similarly socially vulnerable”.

In this case, the government argues that by proclaiming that the intent of the legislation was to exclude unionization from the agricultural sector, it merely meant to restrain “collective bargaining” activities. There is no discussion regarding the impact of the *LRA* on the associational activities in which workers often participate which are separate from the collective bargaining process.

This leads us to the issue raised by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, *supra*, at pp. 362-63, where he stated, in dissent, that “[i]f freedom of association only protects the joining together of persons for common purposes, but not the pursuit of the very activities for which the association was formed, then the freedom is indeed legalistic, ungenerous, indeed vapid”.

Les difficultés que doivent surmonter les employés qui tentent de se grouper en associations sans bénéficier de protection légale contre les pratiques déloyales de travail semblent être beaucoup plus graves à l’extérieur des grands centres urbains, où il est au moins envisageable de participer à des réunions et à des événements à l’insu de l’employeur. Dans les régions rurales, où nombre de travailleurs vivent sur les lieux mêmes de leur emploi, ou à proximité, et où il arrive souvent que le seul lieu de réunion soit la salle de la Légion ou la salle de danse de la municipalité voisine, il y a de fortes chances qu’ils ne puissent échapper à la vigilance des employeurs.

Mon collègue fait ressortir que l’atteinte aux droits selon l’al. 2d) doit être importante. Bien que je convienne avec lui que les atteintes légères à la *Charte* ne devraient pas trouver beaucoup de créance, je crois que nous devons nous efforcer d’examiner la gravité de l’atteinte portée à la *Charte* du point de vue de la partie lésée dans ses droits. Comme je le dis dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 58 : « les groupes qui sont plus vulnérables sur le plan social ressentiront les effets préjudiciables d’une distinction d’origine législative plus vivement que les groupes qui ne sont pas aussi vulnérables ».

En l’espèce, le gouvernement soutient qu’en déclarant que l’objet de la loi était d’exclure la syndicalisation du secteur de l’agriculture, il ne visait qu’à restreindre les activités de « négociation collective ». Aucun débat n’a porté sur les répercussions de la *LRT* sur les activités associatives auxquelles participent souvent les travailleurs et qui sont distinctes du processus de négociation collective.

Cela nous amène à cette question soulevée par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, précité, p. 362-363, en dissidence : « [s]i la liberté d’association ne protège que la réunion de personnes à des fins communes, mais non l’exercice des activités mêmes pour lesquelles l’association a été formée, alors cette liberté est effectivement legaliste, parcimonieuse et voire même insipide ».

141

142

143

144

145 We could perhaps draw a useful analogy from the argument made with regards to language rights by my colleague in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 20, where he stated that:

Language rights are not negative rights, or passive rights; they can only be enjoyed if the means are provided. This is consistent with the notion favoured in the area of international law that the freedom to choose is meaningless in the absence of a duty of the State to take positive steps to implement language guarantees; see J. E. Oestreich, "Liberal Theory and Minority Group Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 108, at p. 112; P. Jones, "Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 80, at p. 83: "[A] right . . . is conceptually tied to a duty"; and R. Cholewinski, "State Duty Towards Ethnic Minorities: Positive or Negative?" (1988), 10 *Hum. Rts. Q.* 344. [Emphasis added.]

146 Similarly, in the case of agricultural workers in Ontario, the freedom to associate becomes meaningless in the absence of a duty of the state to take positive steps to ensure that this right is not a hollow one.

147 In *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, I pointed out, at p. 214:

Rights and freedoms must be nurtured, not inhibited. Vague laws intruding on fundamental freedoms create paths of uncertainty onto which citizens fear to tread, fearing legal sanction. Vagueness serves only to cause confusion and most people will shy from exercising their freedoms rather than facing potential punishment.

148 In the case at bar, citizens employed in agriculture fear not legal sanctions but sanctions from their employers. The absolute removal of *LRA* protection from agricultural workers created a situation where employees have reason to fear retaliation against associational activity by employers. The Ontario legislation could have qualified the exclusion clause by enjoining retaliatory activity by employers for non-union related associational activity. In light of the reality of the labour market, the failure of the Ontario Legislature to spell out a regime defining which associational activities are to be protected from management retaliation creates a chilling effect for agricultural workers. The concept of

Nous pouvons peut-être faire une analogie utile avec le raisonnement suivi par mon collègue dans *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 20, au sujet des droits linguistiques :

Les droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. Cela concorde avec l'idée préconisée en droit international que la liberté de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques; voir J. E. Oestreich, « Liberal Theory and Minority Group Rights » (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 108, à la p. 112; P. Jones, « Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights » (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 80, à la p. 83 : [TRADUCTION] « [U]n droit . . . est conceptuellement lié à un devoir »; et R. Cholewinski, « State Duty Towards Ethnic Minorities : Positive or Negative? » (1988), 10 *Hum. Rts. Q.* 344. [Je souligne.]

De même, pour les travailleurs agricoles en Ontario, la liberté d'association perd tout son sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour que ce droit ne soit pas un droit fictif.

Dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, je souligne ceci, à la p. 214 :

Les droits et libertés doivent être protégés et non entravés. Les lois imprécises qui entravent les libertés fondamentales créent une voie parsemée d'incertitude sur laquelle les citoyens ont peur de s'engager, craignant des sanctions d'ordre juridique. L'imprécision ne sert qu'à semer la confusion, et la plupart des gens éviteront d'exercer leurs libertés plutôt que de risquer une sanction.

En l'espèce, les citoyens employés à l'agriculture ne craignent pas les sanctions de la loi mais les sanctions de leurs employeurs. Le retrait absolu des travailleurs agricoles de la protection de la *LRT* a créé une situation dans laquelle les employés ont des raisons de craindre des représailles de leurs employeurs contre leur activité associative. La loi de l'Ontario aurait pu apporter des réserves à la clause d'exclusion en interdisant toute mesure de représailles de la part des employeurs contre les activités associatives non syndicales. Dans le contexte concret du marché du travail, l'omission du législateur ontarien de préciser un régime définissant quelles activités associatives doivent être

chilling effect is premised on the idea that individuals anticipating penalties may hesitate before exercising constitutional rights. In a constitutional democracy, not only must fundamental freedoms be protected from state action, they must also be given “breathing space”.

The rights protected under s. 2(d) of the *Charter* are not confined to the work environment, but cover the full range of activities undertaken by individuals in a vibrant democracy. An employer, however, whose principal interaction with his employees may be confined to the employment situation, may view associational activities as manifestations or precursors of unionization. By taking preventive action, by firing, disciplining or warning targeted employees, with the resulting chilling effect on present and future activities by other employees, an employer would thus be infringing a right considered fundamental in our society. The chilling effect, of course, would not be confined to the employees of that particular employer.

The democratic dimensions of the freedom to associate have been rightly referred to in our jurisprudence. Other dimensions are also important. For example, those working in the production of food may, through associational activity, share and enhance their skills and knowledge, an important consideration when one takes into account the fact that agricultural workers are often exposed to dangers from machinery, chemicals and pesticides. Exchanging views on recent developments may ensure that unsafe practices will be identified at an earlier stage. Society would also prize their role as potential stewards over the safety of the products generated and of the environment in general. A statutory regime that may have a chilling effect on such activities would appear to run contrary to the common good.

In the context of the exclusion under s. 3(b) of the *LRA*, the situation is exacerbated because

protégées des représailles de la direction crée un effet paralysant sur les travailleurs agricoles. La notion d'effet paralysant repose sur la prémisse que les personnes qui craignent d'être pénalisées peuvent hésiter avant d'exercer leurs droits constitutionnels. Dans une démocratie constitutionnelle, il ne suffit pas de protéger les libertés fondamentales contre les mesures de l'État : il faut aussi leur assurer un « espace vital ».

Les droits protégés par l'al. 2d) de la *Charte* ne se limitent pas au milieu de travail, mais couvrent la gamme complète d'activités qu'entreprennent les individus dans une démocratie dynamique. Toutefois l'employeur, dont l'interaction principale avec ses employés peut se limiter à la situation d'emploi, peut percevoir les activités associatives comme des manifestations ou des signes avant-coureurs de la syndicalisation. En prenant des mesures préventives, en congédiant, réprimandant ou avertissant des employés ciblés, et en produisant ainsi un effet paralysant sur les activités présentes et futures d'autres employés, l'employeur se trouve à porter atteinte à un droit considéré comme fondamental dans notre société. L'effet paralysant ne se limite naturellement pas aux seuls employés de cet employeur.

Les dimensions démocratiques de la liberté d'association ont à juste titre été reconnues dans notre jurisprudence. D'autres dimensions sont également importantes. Par exemple, les personnes qui travaillent dans la production alimentaire peuvent, grâce à une activité associative, partager et améliorer leurs compétences et leurs connaissances, ce qui est une considération importante car les travailleurs agricoles sont souvent exposés aux dangers des machines, des produits chimiques et des pesticides. L'échange de points de vue sur les développements récents peut permettre l'identification plus rapide de pratiques dangereuses. La société pourrait aussi apprécier leur rôle de surveillants potentiels de l'innocuité des produits fabriqués et de l'environnement en général. Un régime légal susceptible d'avoir un effet paralysant sur de telles activités semblerait aller à l'encontre de l'intérêt général.

Dans le contexte de l'exclusion prévue à l'al. 3b) de la *LRT*, la situation est aggravée par le fait

149

150

151

agricultural workers in Ontario, as pointed out by my colleague, are also excluded from employment standards, occupational health and safety, and other protective legislation such as the *Tenant Protection Act, 1997*, S.O. 1997, c. 24. Section 3(b) of the *Tenant Protection Act* states that it does not apply to living accommodations whose occupancy is conditional upon the occupant continuing to be employed on a farm, whether or not the accommodations are located on that farm.

que les travailleurs agricoles en Ontario, comme le souligne mon collègue, sont aussi exclus des normes d'emploi, de santé et de sécurité au travail et d'autres régimes de protection comme la *Loi de 1997 sur la protection des locataires*, L.O. 1997, ch. 24, qui prévoit, à l'al. 3b), qu'elle ne s'applique pas aux logements dont une condition d'occupation est que l'occupant continue d'être employé dans une exploitation agricole, que les logements y soient situés ou non.

152 The chilling effect of the impugned provision has forced agricultural workers to abandon associational efforts and to restrain themselves from further associational initiatives. It may be of assistance to examine the resulting impact on the freedom of association in light of the comments made by Dickson J. in *Big M Drug Mart, supra*, at pp. 336-37, with regard to freedom of religion:

L'effet paralysant de la disposition attaquée a forcé des travailleurs agricoles à abandonner leurs efforts associatifs et à s'abstenir d'engager de nouvelles initiatives associatives. Il peut être utile d'examiner son effet sur la liberté d'association, à la lumière des commentaires du juge Dickson dans *Big M Drug Mart*, précité, p. 336-337, au sujet de la liberté de religion :

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. [Emphasis added.]

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. [Je souligne.]

153 Thus, the test is clearly not that agricultural workers are free to associate as they wish. If that were the case and no associational activity took place, then the conclusion would be that they had the opportunity and chose not to. If the analysis incorporates the reality of the labour market, the chilling effect of the lack of freedom becomes manifest.

Ainsi, le critère n'est manifestement pas que les travailleurs agricoles soient libres de former des associations comme ils l'entendent. Si tel était le cas et qu'aucune activité associative ne se produisait, alors il serait possible de conclure qu'ils avaient la possibilité de le faire et qu'ils ont choisi de ne pas le faire. Si l'analyse tient compte de la réalité du marché du travail, l'effet paralysant de l'absence de liberté devient manifeste.

154 I agree with my colleague that Professor Fudge is correct when she states in her affidavit that "[w]hile the existence of labour relations legislation is no

Je partage l'avis de mon collègue sur la justesse de cette déclaration du professeur Fudge dans son affidavit : [TRADUCTION] « [m]ême si l'existence

guarantee that a particular group of workers will be able to join a trade union and engage in collective bargaining with their employer, the absence of such legislative protection virtually guarantees that workers will not enjoy these rights and freedoms". In that light, it is fair to characterize the freedom of association of agricultural workers under the *LRA* as being but a hollow right because, as stated by Arthurs, *supra*, at para. 431, and cited with approval by my colleague, the freedom to organize would amount "to no more than the freedom to suffer serious adverse legal and economic consequences".

As stated by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 68:

The ability of employees to form and join an employee association is thus crucially linked to their economic and emotional well-being. Membership in employee groups assists the individual member in a great many ways. Simply to join a trade union is an important exercise of an individual's freedom of expression. It is a group which so often brings to the individual a sense of self-worth and dignity. An employee association provides a means of openly and frankly discussing work-related problems without fear of interference or intimidation by the employer. The association provides a means of expressing a collective voice, not only in communicating with the employer, but also in communicating with government, other groups, and the general public. The fundamental importance of the union remains, even though a statute may prohibit the employees from going on strike, or from holding a sit-in. The freedom of employees to participate in an employee association is basic and essential in our society. A statute whose purpose or effect is to interfere with the formation of employee associations will clearly infringe s. 2(d) of the *Charter*. [Emphasis added.]

The outcome of the exercise of freedom of association is not determinable on an *ex ante* basis: a meeting by employees could be used as much to organize a picnic as to discuss occupational health and safety issues. The boundary line between permissible and impermissible associational activity is invisible. To use Dickson C.J.'s terminology, in a non-vapid s. 2(d) environment the line would not exist. In an environment where workers do not

d'une loi sur les relations de travail ne garantit aucunement à un groupe donné de travailleurs qu'il pourra se joindre à un syndicat et entreprendre une négociation collective avec l'employeur, l'absence d'une telle protection légale garantit presque que les travailleurs ne bénéficieront pas de ces droits et de ces libertés ». Dans ce contexte, la liberté d'association des travailleurs agricoles sous le régime de la *LRT* n'est qu'un droit fictif puisque, ainsi qu'il est dit dans Arthurs, *op. cit.*, par. 431, et cité avec approbation par mon collègue, la liberté syndicale pourrait n'être [TRADUCTION] « rien d'autre que la liberté de subir de graves préjudices sur les plans juridique et économique ».

Comme le disent les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 68 :

La capacité des employés de former une association d'employés et d'y adhérer a donc un lien décisif avec leur bien-être sur les plans économique et émotionnel. L'appartenance à un groupe d'employés aide le membre d'une multitude de façons. Le simple fait d'adhérer à un syndicat est un exercice important de la liberté d'expression d'une personne. C'est un groupe qui procure si souvent à l'individu un sentiment de valorisation et de dignité. Une association d'employés fournit un moyen de discuter ouvertement et franchement des problèmes liés au travail sans crainte d'intervention ou d'intimidation de la part de l'employeur. L'association fournit un moyen d'exprimer une voix collective pour communiquer non seulement avec l'employeur, mais aussi avec le gouvernement, d'autres groupes et le public en général. Le syndicat conserve son importance fondamentale même si une loi peut interdire aux employés de déclencher une grève ou d'occuper des lieux. La liberté de l'employé de participer aux activités d'une association d'employés est fondamentale et essentielle dans notre société. Une loi qui a pour objet ou pour effet d'entraver la formation d'associations d'employés contrevient manifestement à l'al. 2d) de la *Charte*. [Je souligne.]

Le résultat de l'exercice de la liberté d'association ne peut être déterminé au préalable : une réunion d'employés peut tout aussi bien servir à organiser un pique-nique qu'à discuter de questions de santé et de sécurité au travail. La ligne de démarcation entre l'activité associative permissible et non permissible est invisible. Pour reprendre l'idée du juge en chef Dickson, dans un contexte dynamique de l'al. 2d), la ligne de démarcation n'existerait pas.

enjoy protection from unfair labour practices, an employer has no reason to assume that such associational activities will not lead to the forbidden terrain of collective bargaining. The reality is that employers often take anticipatory action against those who undertake organizational activities.

Dans un environnement où les travailleurs n'ont pas de protection contre les pratiques déloyales, l'employeur n'aurait aucune raison de supposer que de telles activités associatives ne mèneront pas vers le terrain interdit de la négociation collective. La réalité est que les employeurs prennent souvent des mesures préventives contre ceux qui entreprennent des activités associatives.

157 In *Lavigne, supra*, at p. 263, Wilson J. stated that once the positive freedom of association had been established, then it remained to establish whether the appellant has been prevented from forming or joining associations of her or his choosing. In *Lavigne*, the answer was no. In our case, by contrast, the answer is yes.

Dans *Lavigne*, précité, p. 263, le juge Wilson dit qu'une fois établie la liberté positive de s'associer, il reste à établir si l'appelant a été empêché de former une association ou d'adhérer à celle de son choix. Dans *Lavigne*, la réponse était négative. En l'espèce, cependant, la réponse est affirmative.

158 With respect, I do not share the views of my colleague, as expressed by him in *Delisle*, at para. 29, that it would be problematic to recognize positive rights because it will force government to take an "all or nothing" approach to the promotion of freedoms. This is because a positive duty to assist excluded groups generally arises when the claimants are in practice unable to exercise a *Charter* right. In addition, s. 1 of the *Charter* would allow the government to justify excluding some groups from the application of certain policies. In our case, once the statutory exclusion is removed, the claimants will be in a position to effectively exercise their s. 2(d) rights.

En toute déférence, je ne partage pas le point de vue qu'exprime mon collègue dans *Delisle*, par. 29, selon lequel la reconnaissance des droits positifs risque de poser problème car elle force le gouvernement à adopter une politique du tout ou rien en matière de promotion des libertés. Cela résulte de ce qu'en général, l'incapacité pratique d'exercer un droit garanti par la *Charte* fait naître une obligation positive d'aider les groupes exclus. De plus, l'article premier de la *Charte* permet au gouvernement de justifier l'exclusion de certains groupes de l'application de certaines politiques. En l'espèce, une fois supprimée l'exclusion légale, les demandeurs seront en mesure d'exercer effectivement leurs droits en vertu de l'al. 2d).

159 However, when the Ontario government repealed the *ALRA* and enacted the *LRA* it committed acts which affected the associational rights of agricultural workers in Ontario. As the majority of the Court stated in *Vriend, supra*, at para. 62:

Toutefois, lorsque le gouvernement de l'Ontario a abrogé la *LRTA* et adopté la *LRT*, il a pris des mesures qui ont porté atteinte au droit d'association des travailleurs agricoles en Ontario. Comme le dit la majorité de la Cour dans *Vriend*, précité, par. 62 :

It might also be possible to say in this case that the deliberate decision to omit sexual orientation from the provisions of the *IRPA* is an "act" of the Legislature to which the *Charter* should apply. This argument is strengthened and given a sense of urgency by the considered and specific positive actions taken by the government to ensure that those discriminated against on the grounds of sexual orientation were excluded from the protective procedures of the Human Rights Commission.

L'on pourrait également soutenir, en l'espèce, que la décision délibérée d'omettre l'orientation sexuelle dans les dispositions de l'*IRPA* est un « acte » du législateur à laquelle la *Charte* devrait s'appliquer. Les mesures concrètes et réfléchies que le gouvernement a prises pour faire en sorte que les victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne puissent présenter une plainte à la Human Rights Commission étaient cet argument qui n'en est que plus convaincant. Cependant,

However, it is not necessary to rely on this position in order to find that the *Charter* is applicable.

The Ontario government, in this case, first ensured that those workers who had initiated associational activities under the protection of the *ALRA* would no longer pursue them and, secondly, it took “the deliberate decision to omit” persons employed in agriculture from the *LRA*.

In the *Alberta Reference*, *supra*, at pp. 376-77, Dickson C.J., in the context of an exclusion clause concerning the right to strike under Alberta’s *Hospitals Act*, stated that:

The situation with respect to employees of employers who operate approved hospitals under the *Hospitals Act* is quite different. Prohibiting the right to strike across the board in hospital employment is too drastic a measure for achieving the object of protecting essential services. It is neither obvious nor self-evident that all bargaining units in hospitals represent workers who provide essential services, or that those who do not provide essential services are “so closely linked” to those who do as to justify similar treatment. As pointed out above, the Freedom of Association Committee of the I.L.O. expressed concern about the overinclusiveness of s. 117.1 of the *Labour Relations Act*:

132. The Committee notes that this broad exclusion covers kitchen help, janitors, gardeners, etc. . . . Given that this provision is not sufficiently specific as regards the important qualification of “essential employee”, the Committee refers to the principle . . . concerning circumstances in which recourse to strike action may be prohibited. It requests the Government to re-examine section 117.1 so as to confine the prohibition of strikes to services which are essential in the strict sense of the term. [Emphasis in original.]

In our case, the overinclusiveness of the *LRA*’s impugned provision cannot be justified. Although there may be a rare case where an agricultural operation could justifiably be exempted from the protections of the *LRA*, the broad exclusion incorporated in the Act, excluding all persons employed in agriculture from all provisions of the Act clearly is, in Dickson C.J.’s words in the above quote, “too drastic a measure”. Such overinclusiveness “could lead to results in certain cases which would defy

il n’est pas nécessaire de l’invoquer pour arriver à la conclusion que la *Charte* s’applique.

En l’espèce, le gouvernement de l’Ontario s’est d’abord assuré que les travailleurs qui avaient engagé des activités associatives sous la protection de la *LRTA* y mettent fin, puis il a pris « la décision délibérée » d’exclure les personnes employées à l’agriculture de l’application de la *LRT*.

Dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, précité, p. 376-377, le juge en chef Dickson, parlant d’une clause d’exclusion concernant le droit de grève sous le régime de la *Hospitals Act* de l’Alberta, dit ceci :

La situation à l’égard des employés des exploitants d’hôpitaux approuvés en vertu de la *Hospitals Act* est fort différente. Interdire le droit de grève à tous les employés d’hôpitaux est une mesure trop draconienne par rapport à l’objectif de protection des services essentiels. Il n’est ni manifeste ni évident en soi que toutes les unités de négociation du milieu hospitalier représentent des travailleurs qui fournissent des services essentiels ou que ceux qui ne fournissent pas des services essentiels sont si [TRADUCTION] « étroitement liés » à ceux qui les fournissent qu’il devient justifié de les traiter de la même façon. Comme je l’ai fait remarquer précédemment, le Comité de la liberté syndicale du B.I.T. s’est montré préoccupé par le caractère trop étendu de l’art. 117.1 de la *Labour Relations Act* :

132. Le comité note que cette exclusion globale vaut pour les aides de cuisine, les portiers, les jardiniers, etc., [. . .] Comme cette disposition n’est pas assez précise en ce qui concerne l’importante qualification d’« agent essentiel », le comité renvoie au principe [. . .] au sujet des circonstances dans lesquelles le recours à la grève peut être interdit. Il demande au gouvernement de réexaminer l’article 117.1 de façon que l’interdiction du droit de grève soit limitée aux services qui sont essentiels au sens strict du terme. [Souligné dans l’original.]

En l’espèce, la portée trop large de la disposition attaquée de la *LRT* ne peut être justifiée. S’il peut y avoir de rares cas dans lesquels une opération agricole serait à bon droit exclue des protections de la *LRT*, l’exclusion générale prévue dans la loi, qui exclut toutes les personnes employées à l’agriculture de toutes les dispositions de la loi, est manifestement, pour reprendre les termes du juge en chef Dickson, « une mesure trop draconienne ». Une portée trop large « est susceptible dans certains cas

160

161

162

both rationality and fairness” (*Oakes, supra*, at p. 142).

163 In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, a case concerning a challenge to the federal provisions prohibiting public servants from working for or against candidates or political parties, I concurred with Wilson J.’s reasons that once legislation is found to be over-inclusive, infringes a *Charter* right and cannot be justified under s. 1, “the Court has no alternative but to strike the legislation down or, if the unconstitutional aspects are severable, to strike it down to the extent of its inconsistency with the Constitution” (pp. 76-77).

164 The term “underinclusiveness” is often used in s. 15 jurisprudence including cases where, as here, overt exclusion from a statute has taken place. As stated in *Vriend, supra*, at para. 61, it is the substance not the form of the legislation that matters. However, while the ultimate legal effect may be similar, we should be alert to the impact on the affected parties. There is, after all, a difference between a sign that states “Members Only” from one that states “Agricultural Workers Excluded”.

B. *Section 15(1) Analysis*

165 The appellants also argue that the *LRESLAA* and the *LRA* violate agricultural workers’ equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. Because I have already found that the impugned legislation infringes s. 2(d), I find it necessary to make but a single observation with respect to s. 15(1). I agree with the trial judge that “the central issue to be resolved” under s. 15(1) “is whether [the agricultural workers’] exclusion from the collective bargaining regime constitutes discrimination on an ‘analogous ground’” (p. 209). I disagree, however, that the occupational status of agricultural workers does not satisfy this prong of the s. 15(1) analysis.

d’entraîner des résultats à la fois irrationnels et inéquitable » (*Oakes, précité*, p. 142).

Dans *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, portant sur la constitutionnalité de dispositions fédérales interdisant aux fonctionnaires de travailler pour ou contre des candidats ou des partis politiques, je souscris aux motifs du juge Wilson selon lesquels, dès lors qu’une loi est jugée de portée excessive, elle viole un droit garanti par la *Charte* et ne peut se justifier en vertu de l’article premier, la Cour « ne peut faire autrement qu’invalider la loi en question ou, si ses aspects inconstitutionnels peuvent en être retranchés, l’invalider dans la mesure de son incompatibilité avec la Constitution » (p. 77).

L’expression « portée trop limitative » revient souvent dans la jurisprudence relative à l’art. 15, dans des affaires où, comme ici, la loi prévoit expressément une exclusion. Notre Cour reconnaît dans *Vriend, précité*, par. 61, que c’est le fond et non la forme de la disposition législative qui importe. Toutefois, même si l’effet juridique final peut être similaire, nous devons être conscients de ses répercussions sur les parties visées. Après tout, il y a une différence entre un panneau « Membres seulement » et un autre « Interdit aux travailleurs agricoles ».

B. *L’analyse fondée sur le par. 15(1)*

Les appelants soutiennent aussi que la *LMLRTE* et la *LRT* violent les droits des travailleurs agricoles à l’égalité en vertu du par. 15(1) de la *Charte*. Comme j’ai déjà conclu que les dispositions attaquées contreviennent à l’al. 2d), une seule remarque me paraît s’imposer au sujet du par. 15(1). Je conviens avec le juge de première instance que [TRADUCTION] « la question centrale à trancher » en fonction du par. 15(1) « est de savoir si l’exclusion des travailleurs agricoles du régime de négociation collective constitue une discrimination fondée sur un “motif analogue” » (p. 209). Cependant, je ne suis pas d’accord pour dire que le statut professionnel des travailleurs agricoles ne satisfait pas à ce volet de l’analyse liée au par. 15(1).

In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, the Court held, at para. 93, that the determination of whether a ground or confluence of grounds is analogous to those listed in s. 15(1)

is made on the basis of a complete analysis of the purpose of s. 15(1), the nature and situation of the individual or group at issue, and the social, political and legal history of Canadian society's treatment of the group. A ground or grounds will not be considered analogous under s. 15(1) unless it can be shown that differential treatment premised on the ground or grounds has the potential to bring into play human dignity

In other words, “[t]o say that a ground of distinction is an analogous ground is merely to identify a type of decision making that is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality” (*Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 8). A ground need not be immutable to be analogous; it can be based on characteristics that the government has no legitimate interest in expecting claimants to change to receive equal treatment under the law, or, in other words, characteristics that are difficult to change, or changeable only at great cost (*Corbiere, supra*, at paras. 13-14; see also *Vriend, supra*, at para. 90). In *Egan, supra*, I took the position that reliance on grounds amounts to an “indirect means by which to define discrimination” (para. 35 (emphasis in original deleted)), whereas the preferable approach would be to focus on the group adversely affected by the distinction as well as on the nature of the interest affected. I remain convinced that this is the most direct and truthful way of addressing the problem of discrimination. Nonetheless, even under the majority's current “grounds” approach, there is no reason why an occupational status cannot, in the right circumstances, identify a protected group.

First, this Court has repeatedly recognized that employment is a fundamental aspect of an individual's life and an essential component of identity, personal dignity, self-worth and emotional well-being (see, e.g., *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38, at para. 53 (quoting

Dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 93, notre Cour conclut que, pour déterminer si un motif ou une combinaison de motifs est analogue à ceux énumérés au par. 15(1), il faut

se fonde[r] sur une analyse exhaustive de l'objet du par. 15(1), de la nature et de la situation de la personne ou du groupe en cause et des antécédents sociaux, politiques et juridiques du traitement réservé à ce groupe dans la société canadienne. Un ou plusieurs motifs ne seront pas jugés analogues en vertu du par. 15(1) à moins qu'il ne puisse être démontré que la différence de traitement découlant de ce ou ces motifs est susceptible d'avoir une incidence sur la dignité humaine

En d'autres termes, « [a]ffirmer qu'un motif de distinction est un motif analogue ne fait qu'indiquer qu'un certain processus décisionnel est suspect parce qu'il aboutit souvent à la discrimination et au déni du droit à l'égalité réelle » (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 8). Il n'est pas nécessaire qu'un motif soit immuable pour être analogue; il peut reposer sur des caractéristiques que le gouvernement ne saurait légitimement escompter que le demandeur change pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi, c'est-à-dire des caractéristiques dont la modification est soit difficile, soit très coûteuse (*Corbiere, précité*, par. 13-14; voir aussi *Vriend, précité*, par. 90). Dans *Egan, précité*, j'exprime l'opinion que mettre l'accent sur les motifs est une « façon indirecte de définir la discrimination » (par. 35 (soulignement supprimé)), alors qu'il serait préférable de centrer l'analyse sur le groupe défavorisé par la distinction de même que sur la nature du droit touché. Je demeure convaincue qu'il s'agit du moyen le plus direct et le plus valable d'aborder le problème de la discrimination. Néanmoins, même suivant l'analyse majoritaire actuelle axée sur les « motifs », rien ne justifie que le statut professionnel ne puisse, lorsque les circonstances s'y prêtent, définir un groupe protégé.

Premièrement, notre Cour a reconnu à maintes reprises que l'emploi est un aspect fondamental de la vie d'une personne et une composante essentielle de son sens de l'identité, de sa dignité, de sa valorisation et de son bien-être émotionnel (voir p. ex. *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC

Alberta Reference, *supra*, per Dickson C.J., at p. 368)). Second, though it has had the opportunity to do so, this Court has never declared categorically that a ground of differential treatment based on an occupational status may not be subject to scrutiny under s. 15(1) (see especially *Delisle*, *supra*, at para. 44; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 311). In *Delisle*, while the majority concluded that RCMP officers did not satisfy this prong of the *Law* test, it left the door open for the possibility that other occupationally oriented forms of discrimination could fall under the scope of s. 15(1) by limiting its holding to RCMP officers only (see *Delisle*, *supra*, at para. 44). In my concurring reasons in that case, I expressed my belief that an occupational status could constitute a suspect marker of discrimination, at para. 8:

[O]ccupation and working life are often important sources of personal identity, and there are various groups of employees made up of people who are generally disadvantaged and vulnerable. Particular types of employment status, therefore, may lead to discrimination in other cases, and should be recognized as analogous grounds when it has been shown that to do so would promote the purposes of s. 15(1) of preventing discrimination and stereotyping and ameliorating the position of those who suffer social and political disadvantage and prejudice.

Legal commentators have also embraced the notion that occupational distinctions between certain groups can be subject to *Charter* scrutiny (see, e.g., D. Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990), at p. 257; D. Pothier, "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences" (2001), 13 *C.J.W.L.* 37, at p. 57).

38, par. 53 (citant le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 368)). Deuxièmement, bien qu'elle ait eu l'occasion de le faire, notre Cour n'a jamais affirmé catégoriquement qu'une différence de traitement découlant du statut professionnel ne pouvait constituer un motif sujet à examen en vertu du par. 15(1) (voir en particulier *Delisle*, par. 44; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, p. 311). Dans *Delisle*, la majorité conclut que les agents de la GRC ne satisfaisaient pas à ce volet du critère dégagé dans l'arrêt *Law*, mais elle n'a pas fermé la porte à la possibilité que d'autres formes de discrimination axée sur le statut professionnel puissent être visées au par. 15(1), puisqu'elle a limité sa conclusion aux agents de la GRC (par. 44). Dans mes motifs concourants, au par. 8, j'exprime l'avis que le statut professionnel peut constituer un indicateur de discrimination suspecte :

[L]e métier et la vie active constituent souvent des sources importantes d'identité personnelle, et divers groupes d'employés sont composés de gens qui sont généralement défavorisés et vulnérables. Certains types d'emploi peuvent donc mener à la discrimination dans d'autres cas, et devraient être reconnus comme étant des motifs analogues lorsqu'il est démontré que cette reconnaissance favoriserait l'objectif du par. 15(1), qui est d'empêcher la discrimination et les stéréotypes, et d'améliorer la situation des gens qui souffrent de désavantages et de préjugés sociaux et politiques.

Des auteurs ont également adhéré à l'idée que des distinctions d'ordre professionnel établies entre certains groupes pouvaient faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* (voir p. ex. D. Gibson, *The Law of the Charter : Equality Rights* (1990), p. 257; D. Pothier, « Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37, p. 57).

Il ne fait aucun doute en l'espèce que, contrairement aux agents de la GRC dans *Delisle*, les travailleurs agricoles souffrent généralement d'un désavantage et que la distinction a pour effet de les dévaloriser et de les marginaliser au sein de la société canadienne. Les travailleurs agricoles [TRADUCTION] « sont parmi les membres de notre société qui sont les plus exploités sur le plan économique et les plus neutralisés du point de vue politique » et ils doivent surmonter « des obstacles

In this case, there is no doubt that agricultural workers, unlike the RCMP officers in *Delisle*, do generally suffer from disadvantage, and the effect of the distinction is to devalue and marginalize them within Canadian society. Agricultural workers "are among the most economically exploited and politically neutralized individuals in our society" and face "serious obstacles to effective participation in the political process" (D. M. Beatty, *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code*

(1987), at p. 89). Indeed, the trial judge clearly found, at p. 216, that

agricultural workers have historically occupied a disadvantaged place in Canadian society and that they continue to do so today. For the purposes of the s. 15 analysis, I have no hesitation in finding on the evidence that agricultural workers are a disadvantaged group. They are poorly paid, face difficult working conditions, have low levels of skill and education, low status and limited employment mobility.

In light of this, I believe it safe to conclude of agricultural workers what Wilson J. concluded of non-citizens in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 152, namely that they “are a group lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated. They are among ‘those groups in society to whose needs and wishes elected officials have no apparent interest in attending’”. Thus, the critical question here is whether the government has a legitimate interest in expecting agricultural workers to change their employment status to receive equal treatment under the law.

In my view, this question must be answered in the negative. Not unlike the off-reserve aboriginal band members faced with the challenge of changing their status to on-reserve band members identified in *Corbiere*, I believe that agricultural workers, in light of their relative status, low levels of skill and education, and limited employment mobility, can change their occupational status “only at great cost, if at all” (*Corbiere, supra*, at para. 14). The fact that the agricultural workforce may be highly transient only reflects the unstable nature of the industry, and does not change the basic point that the workers lack other employment options; indeed, many of the seasonal workers are students and the unemployed. In my view, it is abundantly clear that agricultural workers do not enjoy the same “labour market flexibility” as RCMP officers (*Delisle, supra*, at

importants pour participer au processus politique » (D. M. Beatty, *Putting the Charter to Work : Designing a Constitutional Labour Code* (1987), p. 89). D’ailleurs, le juge de première instance a clairement conclu ce qui suit (à la p. 216) :

[TRADUCTION] . . . de tous temps, les travailleurs agricoles ont été défavorisés au sein de la société canadienne et ils continuent de l’être de nos jours. Aux fins de l’analyse selon l’art. 15, je n’hésite pas à conclure, à partir de la preuve, que les travailleurs agricoles constituent un groupe défavorisé. Ils sont peu payés, ont de mauvaises conditions de travail, sont peu qualifiés et peu instruits, jouissent d’une faible reconnaissance et d’une mobilité professionnelle limitée.

Partant, je crois que l’on peut dire des travailleurs agricoles ce que le juge Wilson dit des non-citoyens dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 152, savoir qu’ils « constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d’être considéré et respecté également violé. Ils font partie de [TRADUCTION] “ces groupes de la société dont les besoins et les aspirations ne suscitent apparemment pas l’intérêt des représentants élus” ». Ainsi, la question cruciale en l’espèce est de savoir si le gouvernement peut légitimement s’attendre à ce que les travailleurs agricoles changent leur statut professionnel afin de bénéficier de l’égalité de traitement garantie par la loi.

Selon moi, il convient de répondre par la négative. Tout comme dans *Corbiere*, où les membres hors réserve des bandes indiennes étaient mis au défi de devenir des membres habitant la réserve, j’estime que les travailleurs agricoles, compte tenu de leur position, de leur niveau de formation et d’instruction, et de leur mobilité professionnelle limitée, ne peuvent modifier leur statut professionnel « qu’à un prix considérable, si tant est qu’ils le peuvent » (*Corbiere, précité*, par. 14). Le fort roulement au sein de la main-d’œuvre agricole ne fait que refléter la nature instable du secteur d’activité et ne change rien à ce que, fondamentalement, les travailleurs n’ont pas d’autres possibilités d’emploi; en fait, bon nombre des travailleurs saisonniers sont des étudiants et des chômeurs. À mon avis, il est tout à fait clair que les travailleurs agricoles ne bénéficient pas

para. 44) or other more advantaged professionals, and I see no reason to disturb the trial judge's considered findings of fact regarding the predicament of agricultural workers.

170 Accordingly, I find that the occupational status of agricultural workers constitutes an analogous ground. I note that in arriving at this conclusion, I make no findings about "occupational status" generally as a suspect marker of discrimination under s. 15(1).

C. Section 1 Analysis

171 The role of s. 1 in the *Charter* was first fully examined by this Court in *Oakes, supra*. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768, Dickson C.J. summarized the steps in the analysis:

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights.

As with all *Charter* analysis, a contextual approach is to be followed.

(1) Sufficiently Important Objective

172 Labour statutes, such as the *LRA*, fulfill important objectives in our society. Harmonious relations between management and labour have an impact not only on the economic relations between the parties, but also on social welfare as a whole. However, for

de la même « fluidité du marché du travail » que les agents de la GRC (*Delisle*, précité, par. 44) ou que d'autres professionnels plus favorisés, et je ne vois aucune raison de modifier les conclusions mûrement réfléchies du juge de première instance concernant la situation précaire des travailleurs agricoles.

En conséquence, je conclus que le statut professionnel des travailleurs agricoles constitue un motif analogue. Je ne me prononce cependant pas en ce qui concerne le « statut professionnel » en général comme indicateur de discrimination suspecte aux fins du par. 15(1).

C. Analyse selon l'article premier

Le premier examen global par notre Cour du rôle de l'article premier de la *Charte* est l'arrêt *Oakes*, précité. Dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson résume, à la p. 768, les étapes de l'analyse :

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des « préoccupations urgentes et réelles ». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects : les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

Comme pour toute analyse de la *Charte*, il faut suivre une approche contextuelle.

(1) Un objectif suffisamment important

Les lois sur les relations de travail comme la *LRT* permettent de réaliser d'importants objectifs dans notre société. Les relations harmonieuses entre le patronat et les employés affectent non seulement les relations économiques entre les parties, mais éga-

the purposes of our analysis, our focus is on s. 3(b) of the *LRA*.

As indicated earlier in my reasons, I have concluded that s. 3(b) breaches the *Charter*. This, however, does not necessarily end the s. 1 inquiry; “a legislative provision whose purpose infringes the *Charter* may nonetheless be found to have an objective that is sufficiently important to justify overriding a *Charter* freedom” (*Delisle, supra*, at para. 112, *per* Cory and Iacobucci JJ.).

The respondents argued that there were two factors justifying the passage of s. 3(b). First, that Ontario agriculture has unique characteristics as a result of which it is incompatible with legislated collective bargaining, and second that the *LRA*'s purposes could not be realized in the agricultural sector.

Neither of these arguments are, in my opinion, persuasive. First, it is difficult for me to believe that the production of eggs or mushrooms, let alone all other agricultural products, in Ontario is truly “unique”. Secondly, it is also difficult to accept that none of the *LRA*'s purposes, which speak to the basic characteristics required for the operation of a modern business, could be realized in the agricultural sector.

The *LRA* also added a new s. 2, titled “Purposes” that states:

2. The following are the purposes of the Act:

1. To facilitate collective bargaining between employers and trade unions that are the freely-designated representatives of the employees.
2. To recognize the importance of workplace parties adapting to change.
3. To promote flexibility, productivity and employee involvement in the workplace.
4. To encourage communication between employers and employees in the workplace.

lement le bien-être collectif. Toutefois, aux fins de notre analyse, nous nous concentrons sur l'al. 3b) de la *LRT*.

Comme je l'ai déjà indiqué, j'ai conclu que l'al. 3b) porte atteinte à la *Charte*. Ceci ne met pas nécessairement fin à l'analyse selon l'article premier si on se pose la question de savoir « s'il est possible de conclure qu'une disposition législative dont l'objet contrevient à la *Charte* a néanmoins un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'une liberté garantie par la *Charte* » (*Delisle*, par. 112, les juges Cory et Iacobucci).

Les intimés font valoir deux facteurs susceptibles de justifier l'adoption de l'al. 3b). D'abord le fait que l'agriculture de l'Ontario présente des caractéristiques uniques qui la rendent incompatible avec tout régime légal de négociation collective, et ensuite le fait que les objets de la *LRT* ne sont pas réalisables dans le secteur agricole.

Aucun de ces arguments ne me semble convaincant. En premier lieu, il m'est difficile de croire que la production d'œufs ou de champignons, voire celle de tous les autres produits agricoles en Ontario soit vraiment « unique ». En deuxième lieu, il est aussi difficile d'accepter qu'aucun des objets de la *LRT*, visant les caractéristiques fondamentales nécessaires à l'exploitation d'une entreprise moderne, ne soit réalisable dans le secteur agricole.

La *LRT* a ajouté un nouvel art. 2, intitulé « Objets » :

2. Les objets de la Loi sont les suivants :

1. Faciliter la négociation collective entre les employeurs et les syndicats qui sont les représentants volontairement désignés des employés.
2. Reconnaître l'importance de l'adaptation au changement des parties dans le lieu de travail.
3. Promouvoir la flexibilité, la productivité ainsi que la participation des employés dans le lieu de travail.
4. Encourager la communication entre les employeurs et les employés dans le lieu de travail.

173

174

175

176

5. To recognize the importance of economic growth as the foundation for mutually beneficial relations amongst employers, employees and trade unions.
6. To encourage co-operative participation of employers and trade unions in resolving workplace issues.
7. To promote the expeditious resolution of workplace disputes.

5. Reconnaître l'importance de la croissance économique comme fondement de rapports mutuellement favorables entre employeurs, employés et syndicats.
6. Encourager les employeurs et les syndicats à collaborer afin de régler les questions relatives au lieu de travail.
7. Promouvoir le règlement rapide des différends relatifs au lieu de travail.

177 Of the seven purposes of the Act, only one makes explicit reference to collective bargaining. The other six sections refer to the importance of “adapting to change”, the promotion of “flexibility, productivity and employee involvement in the workplace”, the encouragement of “communication between employers and employees in the workplace”, the resolution of “workplace issues”, and the promotion of the “expeditious resolution of workplace disputes”.

Des sept objets de la loi, un seul mentionne explicitement la négociation collective. Les six autres dispositions parlent de l'importance de « l'adaptation au changement », de promouvoir « la flexibilité, la productivité ainsi que la participation des employés dans le lieu de travail », d'encourager « la communication entre les employeurs et les employés dans le lieu de travail », de régler « les questions relatives au lieu de travail » et de promouvoir « le règlement rapide des différends relatifs au lieu de travail ».

178 It is worth reiterating that the sentiments contained in these expressions of intent are not confined to matters pertaining to collective bargaining. They cover issues related to change, employee involvement, communications between management and labour, and the resolution, without limitation, of workplace issues. Thus, the expressions of intent in s. 2 of the *LRA* are consistent with a policy focused on the importance of ensuring that the productivity of the labour force would continuously improve with the result that the economy would advance towards strengthening its relative competitiveness. This is an important factor in a globalized economic environment, especially given that old-fashioned economic protectionism is neither affordable nor permissible under international trade rules.

Il vaut la peine de rappeler que les idées traduites par ces expressions d'intention ne se limitent pas aux questions relatives à la négociation collective. Elles couvrent des questions liées aux changements, à la participation des employés, aux communications entre direction et employés, de même que le règlement, sans limitation, des différends relatifs au lieu de travail. Par conséquent, les expressions d'intention à l'art. 2 de la *LRT* sont compatibles avec une politique mettant l'accent sur l'importance de veiller à ce que la productivité de la population active s'améliore constamment, pour que l'économie progresse vers le renforcement de sa compétitivité relative. Ceci est un facteur important dans le cadre de la mondialisation de l'environnement économique, d'autant plus que le protectionnisme économique du passé n'est plus envisageable, ni d'ailleurs permise en vertu des règles du commerce international.

179 It would be difficult to argue that such expressions of intent would not be applicable to the agricultural sector. At the very least they would apply to factory-like enterprises. The question also arises whether, if the government of Ontario has concerns about the economic well-being of the agricultural sector, be it its corporative sector or the one

Il serait difficile de prétendre que de telles expressions d'intention ne peuvent pas s'appliquer au secteur agricole. Elles s'appliqueraient au moins aux entreprises fonctionnant comme des usines. On peut aussi se demander si le gouvernement de l'Ontario se préoccupe de la santé économique du secteur agricole, qu'il s'agisse du secteur des

represented by “family farms”, when excluding the sector as a whole from the provisions of the Act did it also intend to exclude from this sector the impact of the expressions of intent, essentially comprising a good management wish list, expressed in s. 2 of the statute? The statutory silence on this issue points towards a policy inconsistency to which the legislature, while entitled, ought to have paid effective attention for the purposes of protecting its statutory initiatives from *Charter* review.

In short, the respondents’ argument boils down to this: (a) agriculture is economically vulnerable and barely profitable if at all; (b) the government must ensure that costs are kept down and to this end it has decided to exclude persons employed in agriculture from the *LRA*, regardless of the size, nature or profitability of the enterprise; (c) the government does not believe that any of the indicia of good management practice listed in s. 2 of the *LRA*, whose application will assist an enterprise cope with change while enhancing its productivity, and thus enhance profitability, are necessary in any aspect of agricultural production no matter how industrialized.

The respondents are asking us to countenance, without enunciating a constitutionally valid reason, a breach of a *Charter*-guaranteed fundamental right on grounds which appear to be, at least in part, based on a policy geared to enhance the economic well-being of private enterprises. This we cannot do.

The government is entitled to provide financial and other support to agricultural operations, including family farms. What is not open for the government to do is to do so at the expense of the *Charter* rights of those who are employed in such activities, if such a policy choice cannot be demonstrably justified. This they have failed to do.

(2) Proportionality

In light of my colleague’s conclusion that the legislation passes the first branch of the *Oakes*

entreprises ou de celui qui est représenté par les « fermes familiales », et s’il voulait aussi, en excluant tout le secteur des dispositions de la loi, soustraire ce secteur à l’effet des expressions d’intention, consistant essentiellement en une liste de mesures de saine gestion, exprimées à l’art. 2 de la loi. Le silence de la loi sur ce point laisse entrevoir une incohérence en matière de politique que le législateur pouvait accepter mais à laquelle il aurait dû effectivement porter attention afin de protéger ses mesures législatives d’un examen fondé sur la *Charte*.

En bref, les arguments des intimés se résument à ceci : a) l’agriculture est vulnérable sur le plan économique et à peine profitable; b) le gouvernement doit veiller à ce que les coûts n’augmentent pas et, à cette fin, a décidé d’exclure de l’application de la *LRT* les personnes employées à l’agriculture, sans égard à la taille, à la nature ou à la rentabilité des entreprises; c) le gouvernement ne croit pas que les indices de saine pratique administrative énumérés à l’art. 2 de la *LRT*, destinés à favoriser l’adaptation des entreprises au changement tout autant que l’augmentation de leur productivité et donc de leur rentabilité, soient nécessaires à l’égard de quelque aspect de la production agricole si industrialisée soit-elle.

Les intimés nous demandent, sans énoncer de raison constitutionnellement valide, d’accepter la violation d’un droit fondamental garanti par la *Charte* pour des motifs qui semblent fondés, du moins en partie, sur une politique visant l’amélioration de la santé économique des entreprises privées. Nous ne pouvons le faire.

Le gouvernement est en droit d’apporter une aide financière et autre aux exploitations agricoles, y compris aux fermes familiales. Toutefois, il n’a pas le droit de le faire au détriment de droits garantis par la *Charte* aux personnes qui sont employées à de telles activités, lorsque la justification d’un tel choix de politique ne peut être démontrée, comme c’est le cas en l’espèce.

(2) La proportionnalité

Comme mon collègue conclut que la loi satisfait au premier volet du test *Oakes*, j’examine

180

181

182

183

test, I will address the question of whether the impugned measures meet the proportionality branch of this test. The absoluteness of the exclusion clause, barring all persons employed in agriculture from all components of the *LRA*, speaks to the lack of proportionality between the perceived ills to be avoided and their remedy. For example, are there no situations in Ontario's agricultural sector where workers should not be so absolutely barred?

(a) *Rational Connection*

184

At this stage of the proportionality analysis, the respondents must show, on the basis of reason or logic, a causal connection between the objective of protecting the well-being of the agricultural sector in Ontario and the means chosen to secure this objective. While scientific evidence of a causal connection (or of a lack thereof) is relevant at this stage of the s. 1 inquiry, it is not always required (*Delisle, supra*, at para. 119 (citing *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 153-54, *per* McLachlin J.); *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 101).

185

The respondents' argument is that the stated objective of securing the well-being of the agricultural sector in Ontario can be achieved through the exclusion of persons employed in agriculture from all associational protections contained in the *LRA*. Excluding the possibility that the impermissible cost-cutting argument is the sole basis for the respondents' position, the logical connection is not immediately apparent.

186

In fact, the purported means to secure the stated objective, barring all persons employed in agriculture from all the benefits under the *LRA*, may have the opposite effect. If the *LRA*'s good labour management principles outlined in s. 2 of the *LRA* have a basis in fact, then excluding the agricultural labour force from the application of those principles through the comprehensive labour scheme contained in the *LRA* will lead to an enterprise which would be less well managed, and with lower productivity, than would otherwise be the case. This

maintenant la question de savoir si les mesures contestées satisfont au volet proportionnalité de ce test. Le caractère absolu de la clause d'exclusion qui vise toutes les personnes employées à l'agriculture de tous les éléments de la *LRT*, révèle un manque de proportionnalité entre les maux qu'on cherche à éviter et leur remède. Par exemple, n'existe-t-il pas, dans le secteur agricole de l'Ontario, des situations où les travailleurs ne devraient pas être exclus de façon aussi absolue?

(a) *Le lien rationnel*

À ce stade de l'analyse de la proportionnalité, les intimés doivent démontrer, en se fondant sur la raison ou la logique, l'existence d'un lien de causalité entre l'objectif de protéger la santé du secteur agricole en Ontario et les moyens choisis pour atteindre cet objectif. Bien que la preuve scientifique d'un lien de causalité (ou de l'absence de lien) soit utile à cette étape de l'examen selon l'article premier, elle n'est pas toujours requise (*Delisle*, par. 119 (citant *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153-154, le juge McLachlin); *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 101).

Les intimés soutiennent que l'objectif déclaré d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario peut être atteint en soustrayant les personnes employées à l'agriculture à l'application de toutes les protections en matière d'association que contient la *LRT*. En excluant la possibilité que l'insoutenable argument de la réduction des coûts soit le seul fondement de la position des intimés, le lien logique n'est pas immédiatement manifeste.

En fait, le moyen censé permettre d'atteindre l'objectif énoncé, savoir exclure toutes les personnes employées à l'agriculture de tous les avantages de la *LRT*, peut avoir l'effet contraire. Si les principes de saine gestion de la main-d'œuvre énoncés à l'art. 2 de la *LRT* ont un fondement dans la réalité, alors le fait d'exclure la main-d'œuvre agricole de leur application dans le cadre du régime général de relations de travail de la *LRT* fera que ces activités seront moins bien gérées, et moins productives qu'elles le seraient normalement. Cela aurait des

would impact profitability. As stated by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 124:

Generally speaking, where this Court has been faced with contradictory evidence of causation for the purpose of the rational connection inquiry, the difficulty has been simply in deciphering whether the evidence supported a causal link. This case raises the somewhat unusual situation that some of the evidence not only does not support a causal link between the legislative objective and the means used to achieve that objective, but it supports precisely the reverse conclusion, namely that the means chosen engender the very mischief sought to be cured. It seems contrary to the purpose of s. 1 of the *Charter* to find that the state has demonstrably justified its law in circumstances where it is equally probable that the law causes the very social harm it purports to target. [Emphasis added.]

(b) *Minimal Impairment*

As stated by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 126, “[l]abour relations law is typically an area in which courts have shown the legislature a degree of deference, owing to the complexity and delicacy of the balance sought to be struck by legislation among the interests of labour, management, and the public”. In this regard, they make reference to comments by McIntyre J. in the *Alberta Reference*, *supra*, at p. 414:

Labour law, as we have seen, is a fundamentally important as well as an extremely sensitive subject. It is based upon a political and economic compromise between organized labour — a very powerful socio-economic force — on the one hand, and the employers of labour — an equally powerful socio-economic force — on the other. The balance between the two forces is delicate and the public-at-large depends for its security and welfare upon the maintenance of that balance. One group concedes certain interests in exchange for concessions from the other. There is clearly no correct balance which may be struck giving permanent satisfaction to the two groups, as well as securing the public interest. The whole process is inherently dynamic and unstable. Care must be taken then in considering whether constitutional protection should be given to one aspect of this dynamic and evolving process while leaving the others subject to the social pressures of the day.

répercussions sur la rentabilité. Je cite les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle* (au par. 124) :

De façon générale, lorsque notre Cour a été saisie d’une preuve contradictoire en matière de causalité dans le cadre de l’examen du lien rationnel, le problème était simplement de déterminer si la preuve étayait l’existence d’un lien de causalité. On se trouve en l’espèce dans la situation quelque peu inhabituelle où non seulement une partie de la preuve n’étaye pas l’existence d’un lien de causalité entre l’objectif législatif en cause et les moyens employés pour l’atteindre, mais où elle appuie exactement la conclusion contraire, à savoir que les moyens choisis causent le mal même auquel on cherche à remédier. Il semble contraire à l’objet de l’article premier de la *Charte* de conclure que l’État a démontré la justification de sa mesure législative alors qu’il est tout aussi probable que cette mesure législative cause le préjudice social même auquel elle est censée s’attaquer. [Je souligne.]

b) *L’atteinte minimale*

Selon les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 126, « [l]e droit en matière de relations du travail constitue habituellement un domaine où les tribunaux font preuve de retenue envers le législateur en raison de la complexité et de la fragilité de l’équilibre que la mesure législative tente d’établir entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public ». Ils reprennent à cet égard les commentaires du juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 414 :

Le droit du travail, comme nous l’avons vu, constitue un sujet d’importance fondamentale, mais aussi extrêmement délicat. Il est fondé sur un compromis politique et économique entre d’une part, le syndicalisme, qui constitue une force socio-économique fort puissante, et d’autre part, le patronat, qui constitue une force socio-économique tout aussi puissante. L’équilibre entre ces deux forces est fragile et la sécurité et le bien-être de la population en général dépendent du maintien de cet équilibre. L’un de ces groupes renonce à certains de ses intérêts en échange de concessions de la part de l’autre. Manifestement il n’existe pas de juste équilibre qui puisse satisfaire de façon permanente les deux groupes, tout en sauvegardant l’intérêt public. L’ensemble du processus est fondamentalement dynamique et instable. Il faut donc faire preuve de prudence lorsqu’on se demande si une protection constitutionnelle devrait être accordée à l’un des aspects de ce processus dynamique et changeant, tout en abandonnant les autres sujets aux pressions sociales du jour.

188 I agree with the argument made by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle, supra*, at para. 129, when they state that “the complete exclusion of a class of employees from a comprehensive labour relations scheme can hardly be characterized as achieving a delicate balance among the interests of labour and those of management and the Canadian public”. The application of such a blunt measure weakens the case for deference to the legislature.

189 This is further aggravated because those affected by the exclusion are not only vulnerable as employees but are also vulnerable as being members of society at large with low income, little education, scant security or social recognition. As stated by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, at para. 130, the Act:

... is not designed to protect a vulnerable group in Canadian society. It is true that the public at large is vulnerable to the harmful effects of a police strike. However, in our view, the general public is not a vulnerable group in the sense understood in this Court's s. 1 jurisprudence: see, e.g., *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 995, *per* Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.; *Ross, supra*, at para. 88; *Thomson Newspapers, supra*, at paras. 88-90, *per* Bastarache J. The only vulnerable group at issue in the present analysis is RCMP members themselves. Although clearly police officers are not generally considered a vulnerable group within the overall fabric of Canadian society, they are members of a vulnerable group in a relative sense insofar as they are employees. As mentioned above, Dickson C.J. noted in *Slaight Communications, supra*, at p. 1051, that legislation which seeks to ameliorate the position of employees falls within “a class of cases in which the governmental objective is that of protection of a particularly vulnerable group, or members thereof”. It follows that legislation whose purpose is to maintain the inherent weakness of employees, such as para. (e) in the present case, is not entitled to deference. Indeed, such legislation should be examined with particular care. [Emphasis added.]

190 The question at this stage of the s. 1 inquiry is whether the exclusion expressed by s. 3(b) of the *LRA* impairs the appellants' freedom of association as little as reasonably possible in order to achieve

Je souscris au raisonnement des juges Cory et Iacobucci dans *Delisle* selon lequel « on ne saurait guère affirmer que l'exclusion totale d'une catégorie d'employés d'un régime complet de relations du travail établit un équilibre délicat entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public canadien » (par. 129). L'application d'une mesure aussi brutale affaiblit la thèse de la retenue envers le législateur.

La situation est aggravée du fait que les personnes touchées par l'exclusion sont vulnérables non seulement en tant qu'employés, mais aussi en tant que membres de la société en général ayant de faibles revenus, peu d'instruction et peu de sécurité d'emploi ou de reconnaissance sociale. Ainsi que le disent les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 130, la loi :

... n'est pas conçu[e] pour protéger un groupe vulnérable dans la société canadienne. Il est vrai que le public en général est vulnérable aux effets préjudiciables d'une grève de la police. Nous sommes toutefois d'avis que le public en général n'est pas un groupe vulnérable au sens de la jurisprudence de notre Cour relative à l'article premier : voir, par exemple, les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 995, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson; *Ross*, précité, au par. 88; *Thomson Newspapers*, précité, aux par. 88 à 90, le juge Bastarache. Le seul groupe vulnérable en cause dans la présente analyse est composé des membres de la GRC eux-mêmes. Même s'il est clair que les policiers ne sont généralement pas considérés comme un groupe vulnérable dans la société globale canadienne, ils font partie, relativement parlant, d'un groupe vulnérable en leur qualité d'employés. Comme nous l'avons vu, le juge en chef Dickson a fait remarquer, dans *Slaight Communications*, précité, à la p. 1051, que la mesure législative qui tend à améliorer la position des employés relève « d'une catégorie d'affaires où l'objectif gouvernemental est de protéger un groupe particulièrement vulnérable, ou des membres de ce groupe ». Il s'ensuit que la retenue judiciaire ne s'applique pas à une mesure législative, comme l'al. e) en l'espèce, qui a pour objet de maintenir la faiblesse inhérente d'employés. En fait, une telle mesure législative devrait être étudiée très minutieusement. [Je souligne.]

À cette étape de l'examen selon l'article premier, la question est de savoir si l'exclusion décrétée à l'al. 3b) de la *LRT* restreint les libertés d'association des appelants aussi peu qu'il est

the legislation's objective. McLachlin J. stated, at para. 160 of *RJR-MacDonald*, *supra*:

The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail.

The essential practical question at this stage is whether the Ontario Legislature could have granted to persons employed in agriculture, either within the *LRA* itself or through the enactment of a separate statute, some of the basic associational protections contained in the *LRA* without compromising the stated objective of assisting the well-being of the agricultural sector in Ontario (*Delisle, supra*, at para. 134).

In view of the arguments made above, I am of the opinion that the stated objective of securing the well-being of the agricultural sector in Ontario can be achieved through a legislative mechanism that is less restrictive of free association than the existing complete exclusion of agricultural workers from the *LRA*. The current law is not carefully tailored to balance the *Charter* freedoms of persons employed in agriculture in Ontario and the societal interest in harmonious relations in the labour market.

While it is important to recognize the important role that family farms play in Ontario agriculture, such a role is not unique to Ontario in the context of Canada's agricultural experience. Since the passage of the *Collective Bargaining Act, 1943*, both families and farms have evolved in Canada. Both institutions have experienced, and in many cases continue to experience, significant changes and associated

raisonnablement possible de le faire afin de réaliser l'objectif de la mesure législative en cause. Le juge McLachlin dit ceci au par. 160 de l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité :

La restriction doit être « minimale », c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation; [. . .] Par contre, si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide.

Concrètement, il est essentiel de se demander, à ce stade, si le législateur de l'Ontario aurait pu accorder aux personnes employées à l'agriculture, dans la *LRT* elle-même ou par l'adoption d'une loi distincte, certaines protections fondamentales en matière d'association que contient la *LRT*, sans compromettre l'objectif déclaré d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario (*Delisle*, précité, par. 134).

Compte tenu des arguments susmentionnés, j'estime que l'objectif déclaré d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario peut être atteint au moyen d'une mesure législative qui restreint moins la liberté d'association que l'exclusion totale actuelle des travailleurs agricoles du régime de la *LRT*. La loi actuelle n'est pas soigneusement adaptée pour établir un équilibre entre les libertés que la *Charte* garantit aux personnes employées à l'agriculture en Ontario et l'intérêt qu'a la société à profiter de relations harmonieuses au sein du marché du travail.

S'il est essentiel de reconnaître le rôle important que les fermes familiales jouent dans l'agriculture ontarienne, force est d'accepter que ce rôle n'est pas unique à l'Ontario dans le contexte de l'expérience agricole canadienne. Depuis l'adoption de la *Loi de 1943 sur les négociations collectives*, les familles tout autant que les fermes ont évolué au Canada. Ces deux institutions ont connu, et dans bien des cas

191

192

193

difficulties. Both institutions enjoy, and deserve, strong social support from the community at large.

continuent de connaître, des changements importants avec les difficultés qui s'ensuivent. Les deux institutions jouissent du solide appui social qu'elles méritent dans l'ensemble de la société.

194

However, it is important not to put forward an argument based on a pastoral image which may no longer reflect current reality. In this regard, it is helpful to recall the words of the British Columbia Labour Relations Board, expressed almost a quarter of a century ago, in the case of *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441. The case was decided two years after British Columbia amended its labour legislation to delete provisions expressly excluding farm workers from obtaining bargaining rights under the *Labour Code of British Columbia Act*, S.B.C. 1973, c. 122. The Board stated that opposition to the extension of labour legislation to farm workers “has been grounded in an anachronistic image of the ‘family farmer’ which is increasingly less accurate” (p. 450). The Board also remarked that the employer in that case was a “sophisticated, well-run business and, in terms of employee relations, much more analogous to an employer in the industrial sector” (p. 449 (emphasis added)). If true in 1977, how much more so today.

Il importe toutefois de ne pas fonder l'argumentation sur une vision pastorale qui ne correspond plus à la réalité actuelle. À cet égard, il est utile de se rappeler les observations de la commission des relations de travail de la Colombie-Britannique, présentées il y a près d'un quart de siècle, dans l'affaire *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441. Cette affaire a été tranchée deux ans après la modification par la Colombie-Britannique de sa législation du travail pour supprimer les dispositions excluant expressément les travailleurs agricoles de l'application des droits de négociation collective prévus dans le *Labour Code of British Columbia Act*, S.B.C. 1973, ch. 122. La commission disait que l'opposition à l'élargissement du droit du travail aux travailleurs agricoles [TRADUCTION] « était fondée sur une image dépassée du “fermier familial” qui était de plus en plus inexacte » (p. 450). La Commission faisait aussi remarquer que l'employeur dans cette affaire était une [TRADUCTION] « entreprise hautement technique et bien gérée et, en ce qui a trait aux relations avec les employés, une entité qui s'apparente davantage à un employeur du secteur industriel » (p. 449 (je souligne)). Si cela était vrai en 1977, ce l'est encore plus aujourd'hui.

195

The Ontario experience with regard to the existence in the agricultural sector of “sophisticated, well-run business and, in terms of employee relations, much more analogous to an employer in the industrial sector” is not dissimilar to that outlined by the British Columbia Labour Relations Board in 1977. My colleague cites in his reasons the case of *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813, a case also cited by the OLRB in *Cuddy Chicks*, *supra*, at para. 9, where the majority of the board denied LRA certification to the employees of a mushroom factory. However, the majority agreed with the dissenting Board member that “there [was] no ‘industrial relations basis’ for denying [these] employees the right to bargain collectively” (p. 819;

L'expérience ontarienne relative à l'existence dans le secteur agricole d'une « entreprise hautement technique et bien gérée et, en ce qui a trait aux relations avec les employés, une entité qui s'apparente davantage à un employeur du secteur industriel » n'est pas dissemblable de celle que décrivait la commission des relations de travail de la Colombie-Britannique en 1977. Mon collègue cite dans ses motifs la décision *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813, qui est aussi citée par la CRTO dans sa décision *Cuddy Chicks*, précitée, au par. 9, où elle refuse, à la majorité, l'accréditation en vertu de la LRT à des employés d'une champignonnière. La majorité convient toutefois avec le commissaire minoritaire qu'il [TRADUCTION]

see also G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 6-49). The comments made by the OLRB in *Cuddy Chicks*, are also applicable in this context.

In this case we are being asked by the respondents, without being presented with credible pressing and substantial reasons, to justify distinguishing workers who sort and pack chicken eggs in a factory-like environment from workers who pack and sort Easter eggs in a factory-like environment. The respondents claim that the former workers should not enjoy rights under statutory labour laws, whereas the latter ones are deserving of protection. I do not agree.

There is no obvious connection between the exclusion of agricultural workers from the *LRA* and a farmer: a city-based corporation could be operating an agricultural entity. There is no reference in the *LRA* to “farmer(s)” or “family farm(s)”. The sole reference in the Act to a farm is the one contained in the expression “farming in all its branches” in the definition of the term “agriculture”. Nor is there a requirement that an owner, or a relative of the owner, of an agricultural enterprise, be it a family farm or a factory-like operation, be personally involved in the operation. Under the Act, an absentee owner of a large agricultural operation would benefit from the restrictions on the freedom of association of its agricultural employees.

Other Ontario statutes contain language which makes explicit reference to family farms. For example, the *Corporations Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C.40, defines at s. 1(2) a “family farm corporation” as “a corporation that is throughout the taxation year a corporation, . . . (c) which carried on the business of farming in Ontario through the employment of a shareholder or a member of his or her family actually engaged in the

« n’y [avait] aucun “fondement relatif aux relations industrielles” pour refuser à [ces] employés le droit de négocier collectivement » (p. 819; voir aussi G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 6-49). Les commentaires de la CRTO dans sa décision *Cuddy Chicks* sont également applicables dans le présent contexte.

En l’espèce, les intimés nous demandent, sans présenter de motifs urgents et réels crédibles, de justifier la distinction entre des travailleurs qui trient et emballent des œufs de poule dans un environnement semblable à une usine, et des travailleurs qui emballent et trient des œufs de Pâques dans un environnement semblable à une usine. Les intimés prétendent que les premiers travailleurs ne devraient pas avoir de droits sous le régime de la législation du travail, tandis que les autres méritent d’être protégés. Je ne suis pas d’accord.

Il n’y a aucun lien manifeste entre l’exclusion des travailleurs agricoles du régime la *LRT* et la notion de fermier ou d’agriculteur : une société commerciale en milieu urbain pourrait fort bien exploiter une entité agricole. La *LRT* ne comporte aucune mention de « fermiers ou agriculteurs » ou de « fermes familiales ». La seule mention relative à une ferme est dans l’expression « farming in all its branches » dans la version anglaise de la définition du mot « agriculture ». La loi n’exige pas non plus que le propriétaire, ou un parent du propriétaire d’une entreprise agricole, qu’il s’agisse d’une ferme familiale ou d’une exploitation quasi-industrielle, participe personnellement à l’exploitation. Aux termes de la loi, le propriétaire absent d’une grande entreprise agricole profiterait de la limitation de la liberté d’association de ses employés agricoles.

D’autres lois ontariennes comportent des dispositions mentionnant expressément les fermes familiales. Par exemple, la *Loi sur l’imposition des corporations*, L.R.O. 1990, ch. C.40, définit au par. 1(2) une « corporation agricole familiale » comme une « [c]orporation qui, tout au long de l’année d’imposition, réunissait les conditions suivantes : [. . .] c) elle exploitait une entreprise agricole en Ontario en employant un actionnaire

196

197

198

operation of the farm". Section 1 of the *Junior Farmer Establishment Act*, R.S.O. 1990, c. J.2, defines a "family farm" as being "a farm operated by a junior farmer and one or more of a spouse of the junior farmer and any persons related to the junior farmer through blood relationship or adoption". In s. 1(1) of the *Fish and Wildlife Conservation Act*, 1997, S.O. 1997, c. 41, a "farmer" is defined as "a person whose chief occupation is farming" and "who is living upon and tilling his or her own land, or land to the possession of which he or she is for the time being entitled".

ou un membre de sa famille qui s'occupait réellement de l'exploitation de la ferme ». La *Loi sur les prêts aux jeunes agriculteurs*, L.R.O. 1990, ch. J.2, art. 1, définit l'expression « exploitation agricole familiale » comme une « [e]xploitation agricole que gèrent un jeune agriculteur ainsi qu'une ou plusieurs des personnes suivantes, à savoir son conjoint et des personnes qui sont liées à lui par les liens du sang ou de l'adoption ». Le paragraphe 1(1) de la *Loi de 1997 sur la protection du poisson et de la faune*, L.O. 1997, ch. 41, définit l'expression « exploitant agricole » comme une « [p]ersonne dont l'activité principale est l'agriculture » et qui « vit sur sa propre terre qu'elle cultive ou sur une terre qu'elle cultive et est en droit d'avoir en sa possession à l'époque considérée ».

199 While not determinative of the issue, these statutes are relevant to the argument regarding the over-inclusiveness of the exclusion clause in the *LRA* in that there are ready examples in Ontario's legislation which have managed agricultural sectors in a more specific manner than in the *LRA*.

Même si elles ne sont pas déterminantes, ces lois sont pertinentes dans l'argument relatif à la portée trop large de la clause d'exclusion de la *LRT* en ce qu'il existe dans la législation de l'Ontario des exemples manifestes de dispositions qui traitent les secteurs agricoles d'une façon plus précise que dans la *LRT*.

200 In addition, it is worth citing the provisions in the labour statutes of two provinces which incorporate agricultural exemptions.

Il y a aussi lieu de citer les dispositions de lois sur les relations de travail de deux provinces qui prévoient des exceptions de nature agricole.

201 In New Brunswick, the *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(5) stipulates that entities with four or fewer agricultural employees will not be treated as a bargaining unit:

Au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, prévoit au par. 1(5) que les entités de quatre employés agricoles ou moins ne sont pas considérées comme des unités de négociation :

1(5) For the purposes of this Act,

1(5) Aux fins de la présente loi,

(a) a unit, where an employee is employed in agriculture, shall comprise five or more employees;

a) une unité, dont un salarié est employé dans l'agriculture, doit être composée de cinq salariés ou plus;

202 In Quebec, s. 21 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, allows a single employee to form a group for the purpose of certification but it also states that:

Au Québec, l'art. 21 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, permet à un seul salarié de former un groupe aux fins de l'accréditation, mais stipule aussi :

Persons employed in the operation of a farm shall not be deemed to be employees for the purposes of this division [Certification of Associations of Employees] unless at least three of such persons are ordinarily and continuously so employed.

Les personnes employées à l'exploitation d'une ferme ne sont pas réputées être des salariés aux fins de la présente section, à moins qu'elles n'y soient ordinairement et continuellement employées au nombre minimal de trois.

An important point is made clear in the statutes mentioned in the above paragraphs: a family farm, be it in the form of a corporation or not, requires a farmer on the farm. As stated by Dickson J. in *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at p. 461, when making reference to a family farming operation, that the owners “worked on and operated all of the land as one farm, a family farm”. At p. 457, he stated:

I do not know what term one might properly apply to the Rathwell properties — “family farm”, or “farming business”, and with all respect to those of a contrary view, I do not think it matters. In one sense, it was a family farm, in another a business, in another it was a way of life. The property was all operated as one family unit by Mr. and Mrs. Rathwell working together.

It is clear that not all rural families own “family farms”. The breadwinners in these families are often employed in agriculture. Their *Charter* rights do not differ from those of other members of the community.

(c) *Deleterious and Salutory Effects*

At this stage, the words of Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle, supra*, at para. 148, are apt:

Having found that the impugned para. (e) of the definition of “employee” in s. 2 of the *PSSRA* does not minimally impair the appellant’s freedom of association, it is not necessary to consider the proportionality between the importance of the objective and the deleterious effects of the measure, or between the deleterious and salutory effects. We would note, though, that it is unlikely that the provision would be found proportionate at this stage of the inquiry. The exclusion of RCMP members from the *PSSRA*’s basic associational protections has few, if any, demonstrable salutory effects which could not be achieved by a lesser exclusion. Its negative effects, on both a symbolic level and a practical level, are severe and cut to the core of the *Charter*’s s. 2(d) protection.

Les lois mentionnées ci-dessus font ressortir un principe important : la ferme familiale, qu’elle revête ou non la forme d’une société commerciale, exige la présence d’un agriculteur à la ferme. Comme le dit le juge Dickson dans *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, p. 461, en parlant d’une exploitation agricole familiale, les propriétaires « ont exploité toutes les terres comme s’il s’agissait d’une seule ferme, une ferme familiale ». À la p. 457, il dit :

Je ne sais pas comment on peut décrire convenablement les biens des Rathwell : « ferme familiale », « entreprise agricole »? Avec égards pour les tenants de l’opinion contraire, j’estime que cela importe peu. Dans un sens, c’était une ferme familiale; dans un autre, une entreprise; c’était aussi un mode de vie. La propriété était entièrement exploitée comme une unité familiale par M. et M^{me} Rathwell qui travaillaient ensemble.

Il est évident que les familles rurales ne sont pas toutes propriétaires de « fermes familiales ». Les soutiens de ces familles travaillent souvent comme employés dans l’agriculture. Leurs droits en vertu de la *Charte* ne sont pas différents de ceux des autres membres de la collectivité.

c) *Les effets préjudiciables et les effets bénéfiques*

Sur ce point, je souscris aux observations suivantes des juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 148 :

Puisque nous avons conclu que l’al. e) contesté de la définition de « fonctionnaire » figurant à l’art. 2 de la *LRTFP* ne porte pas atteinte de façon minimale à la liberté d’association de l’appelant, il n’est pas nécessaire d’étudier la proportionnalité entre l’importance de l’objectif et les effets préjudiciables de la mesure, ou encore entre ses effets préjudiciables et ses effets bénéfiques. Nous tenons cependant à faire remarquer que la disposition ne serait probablement pas jugée proportionnelle à cette étape de l’examen. L’exclusion des membres de la GRC de l’application des protections fondamentales en matière d’association que confère la *LRTFP* a peu ou n’a pas d’effets bénéfiques démontrables qui ne pourraient pas exister au moyen d’une exclusion moins draconienne. Ses effets négatifs, tant sur le plan symbolique que sur le plan concret, sont graves et touchent au cœur même de la protection conférée par l’al. 2d) de la *Charte*.

III. Conclusion

206 I agree that the impugned provision in the *LRA* should be struck down to the extent of its inconsistency with the *Charter* with the proviso that I agree with my colleague that the Ontario government be given leeway for 18 months for the enactment of a constitutionally compliant replacement.

207 I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, limit the right of agricultural workers
 - (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; or

Yes.

- (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

In view of the answer above there is no need to answer this question.

2. Does s. 3(b) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, limit the right of agricultural workers
 - (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*; or

Yes.

- (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

In view of the answer above there is no need to answer this question.

3. If the answer to any part of questions 1 or 2 is in the affirmative, is the limitation nevertheless justified under s. 1 of the *Charter*?

No.

III. Conclusion

Je conclus qu'il y a lieu d'invalider la disposition attaquée de la *LRT* dans la mesure de son incompatibilité avec la *Charte*, en convenant toutefois avec mon collègue d'accorder au gouvernement de l'Ontario un délai de 18 mois pour procéder à l'adoption de nouvelles dispositions conformes sur le plan constitutionnel.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles
 - a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou

Oui.

- (b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

Vu la réponse précédente, il est inutile de répondre à cette question.

2. L'alinéa 3b) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles
 - a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*, ou

Oui.

- (b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

Vu la réponse précédente, il est inutile de répondre à cette question.

3. Si la réponse à l'un ou l'autre des volets de la première ou deuxième question est affirmative, la limite est-elle néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

Non.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting) — In spite of the benefit of the reasons of Justices L'Heureux-Dubé and Bastarache, I am unable, principally for the reasons of Sharpe J. (as he then was) in the Ontario Court (General Division), to agree with their disposition of this appeal. In my view, neither s. 2(d) nor s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is infringed and I would dismiss the appeal.

I. Section 2(d)

As identified by Bastarache J., at para. 13, in order to establish a violation of s. 2(d), the appellants must demonstrate that the impugned legislation has, either in purpose or effect, infringed activities protected by s. 2(d). The appellants did not discharge this burden.

A. *Purpose of the Exclusion*

I agree with Bastarache J.'s analysis and conclusion (at para. 32) with regard to the appellants' failure to establish the unconstitutionality of the purpose of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A ("LRA").

B. *Effect of the Exclusion*

In *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, the majority held (at para. 33):

On the whole, the fundamental freedoms protected by s. 2 of the *Charter* do not impose a positive obligation of protection or inclusion on Parliament or the government, except perhaps in exceptional circumstances which are not at issue in the instant case.

At paras. 24-26, Bastarache J. has articulated three factors to be considered in determining whether such "exceptional circumstances" exist in a particular case, such that a positive obligation is imposed on the state by s. 2(d). I respectfully disagree with his conclusion that a consideration of these factors in the present case leads to a finding of a s. 2(d) violation. Specifically, a consideration of the third factor leads to the opposite conclusion on the facts of this case. The third factor is

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Bastarache, mais je ne peux souscrire au dispositif qu'ils proposent en l'espèce. Pour essentiellement les mêmes raisons que le juge Sharpe de la Cour de l'Ontario (Division générale) (maintenant de la Cour d'appel de l'Ontario), j'estime qu'il n'est porté atteinte ni à l'al. 2d ni à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je rejeterais donc le pourvoi.

I. L'alinéa 2d)

Comme l'indique le juge Bastarache au par. 13, pour établir l'atteinte à l'al. 2d), les appelants doivent démontrer que les dispositions contestées, par leur objet ou leur effet, entravent des activités protégées par l'al. 2d). Les appelants ne se sont pas acquittés de cette charge.

A. *Objet de l'exclusion*

Je suis d'accord avec l'analyse et la conclusion du juge Bastarache (au par. 32) que les appelants n'ont pas réussi à établir l'inconstitutionnalité de l'objet visé par la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A (« LRT »).

B. *Effet de l'exclusion*

Dans *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, notre Cour, à la majorité, tire la conclusion suivante (au par. 33) :

En définitive, les libertés fondamentales protégées par l'art. 2 de la *Charte* n'imposent pas d'obligation positive de protection ou d'inclusion au Parlement ou au gouvernement, sauf peut-être dans des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas invoquées en l'espèce.

Le juge Bastarache énonce trois facteurs à considérer pour déterminer s'il existe, dans une instance particulière, des « circonstances exceptionnelles » telles que l'al. 2d) impose une obligation positive à l'État (par. 24-26). Je ne peux souscrire à sa conclusion que l'examen de ces facteurs mène en l'espèce à la constatation d'une violation de l'al. 2d). Plus précisément, l'analyse du troisième facteur mène à la conclusion opposée vu les faits en l'espèce. Ce troisième facteur consiste à déterminer « si l'État

208

209

210

211

212

“whether the state can truly be held accountable for any inability to exercise a fundamental freedom” (para. 26). As noted by Bastarache J. at para. 23, in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, even if the appellant had been unable to express his views on Quebec secession, this inability was not caused by his exclusion by the state from the national referendum. Thus, the third factor essentially compels an examination of the causal role of the state in the appellants’ inability to exercise the fundamental freedom. In order for the state to “truly be held accountable”, the appellants must be able to demonstrate by direct evidence or inference that the state is causally responsible for his inability to exercise a fundamental freedom, in that the state “substantially orchestrates, encourages or sustains the violation of fundamental freedoms” (para. 26).

peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d’exercer une liberté fondamentale » (par. 26). Le juge Bastarache note, au par. 23, que dans *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, même si l’appelant avait été dans l’impossibilité d’exprimer ses opinions sur la sécession du Québec, cette incapacité ne résultait pas de son exclusion du référendum national. Ainsi le troisième facteur exige essentiellement l’examen du rôle de l’État dans la cause de l’incapacité de l’appelant d’exercer une liberté fondamentale. Pour que l’État soit « vraiment [. . .] tenu responsable », l’appelant doit pouvoir établir, directement ou par inférence, que l’État est la cause de son incapacité d’exercer une liberté fondamentale, en ce sens que l’État « orchestre, encourage ou tolère d’une manière substantielle la violation de libertés fondamentales » (par. 26).

213 As recognized by Bastarache J. at para. 42, workers faced significant difficulties organizing prior to the enactment of the *LRA*. In light of this historic difficulty, I am unable to agree with the following conclusion of Bastarache J. (at para. 45):

In this context, the effect of s. 3(b) of the *LRA* is not simply to perpetuate an existing inability to organize, but to exert the precise chilling effect I declined to recognize in *Delisle*.

Comme le reconnaît le juge Bastarache, au par. 42, les travailleurs faisaient face à d’importantes difficultés à se syndiquer avant l’adoption de la *LRT*. Vu ces difficultés historiques, je ne peux être d’accord avec sa conclusion au par. 45 :

Dans ce contexte, l’al. 3b) de la *LRT* n’a pas seulement pour effet de perpétuer une incapacité existante de s’organiser, mais de créer précisément l’effet paralysant que j’ai refusé de reconnaître dans *Delisle*.

214 In my opinion, the appellants have failed to establish that the state is causally responsible for the inability of agriculture workers to exercise a fundamental freedom. I conclude that s. 2(d) does not impose a positive obligation of protection or inclusion on the state in this case. As a result, the effect of the impugned legislation does not infringe agriculture workers’ freedom of association.

À mon avis, les appelants n’ont pas réussi à établir que l’État est la cause de l’incapacité des travailleurs agricoles d’exercer une liberté fondamentale. Je conclus que l’al. 2d) n’impose pas en l’espèce d’obligation positive de protection ou d’inclusion à l’État. Par conséquent, l’effet de la disposition contestée ne porte pas atteinte à la liberté d’association des travailleurs agricoles.

II. Section 15

II. L’article 15

215 I adopt the following conclusion of Sharpe J. in this case ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, at pp. 216-17):

However, with reference to identifying personal characteristics, the evidence before me indicates that agricultural workers are a disparate and heterogenous group. There is nothing in the evidence to indicate that they are identified as a group by any personal trait or characteristic other than that they work in the agricultural sector. The evidence indicates that farm owners and operators

J’adopte la conclusion suivante du juge Sharpe en l’espèce ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, p. 216-217) :

[TRADUCTION] Cependant, en ce qui concerne la détermination des caractéristiques personnelles, la preuve soumise montre que les travailleurs agricoles forment un groupe disparate et hétérogène. Rien dans la preuve n’indique qu’ils s’identifient comme groupe du fait d’une caractéristique ou d’un trait personnel, hormis le fait de travailler dans le secteur agricole. La preuve indique que

also suffer from low wages, and that many have low education levels. The low status and prestige of farm workers is similar to that of other manual labourers. In my view, the evidence shows that the legislative decision to exclude agricultural workers from the collective bargaining regime does not reflect stereotypical assumptions about the personal characteristics of agricultural workers, either individually or as a class. Rather, it is based upon the policy-maker's perception of the characteristics and circumstances of the agricultural industry. The effects of the legislative exclusion impact the diverse group of individuals who work in that sector of the economy and who are not otherwise identifiable as a group.

While a sub-group of temporary seasonal workers brought to Ontario pursuant to a highly structured federal program may be identifiable by race and the status of non-citizen, I fail to see how their situation advances the applicants' case. These seasonal foreign workers were not covered by *ALRA*, they are not subject to *LRA*, and they would not gain the right to be members of a union or enjoy the right to engage in collective bargaining if this application were successful.

In light of this factual record, in the end, the applicants' case must turn on whether the economic disadvantage of a group of workers, identified as a group only by the fact that they work in a particular sector of the economy, constitutes an analogous ground within the meaning of s. 15(1). I hardly need state that the wisdom, or lack thereof, from the perspective of labour relations policy, of the decision to exclude agricultural workers from collective bargaining has no bearing on this question.

In my view, the disadvantaged position occupied by agricultural workers is not sufficient to constitute the legislative classification "agricultural workers" as an analogous ground for the purposes of s. 15. Economic disadvantage is often the product of discrimination on an analogous ground, and hence serves as a marker that may indicate the presence of such discrimination. There are, however, many causes of economic disadvantage that do not attract the scrutiny of s. 15, and a showing of economic disadvantage does not, by itself, establish discrimination on an analogous ground within the meaning of s. 15. In my view, the absence of evidence of any traits or characteristics analogous to those enumerated in s. 15 which serve to identify those who make up the group of agricultural workers is fatal to their s. 15 claim.

les propriétaires ou les exploitants agricoles ont également de faibles revenus et que beaucoup ont un niveau d'instruction peu élevé. La faible reconnaissance professionnelle et sociale dont jouissent les travailleurs agricoles s'apparente à celle d'autres travailleurs manuels. À mon avis, la preuve montre que la décision du législateur d'exclure les travailleurs agricoles du régime de négociation collective n'est pas le fruit d'idées préconçues concernant les caractéristiques personnelles des travailleurs agricoles, individuellement ou comme catégorie de personnes. Elle est plutôt attribuable à la perception, chez les responsables des orientations politiques, des caractéristiques et des circonstances propres au secteur agricole. La disposition portant exclusion a des répercussions sur le groupe varié des personnes qui travaillent dans ce secteur de l'économie et qui ne peuvent pas s'identifier par ailleurs comme formant un groupe.

Même si un sous-groupe de travailleurs saisonniers venant travailler en Ontario en application d'un programme fédéral très structuré peut se caractériser par la race et l'absence de citoyenneté, je ne vois pas en quoi leur situation étaye la thèse des demandeurs. Les travailleurs étrangers saisonniers n'étaient pas visés par la *LRTA*, ils ne sont pas assujettis à la *LRT* et ils n'obtiendraient pas le droit de se syndiquer ou de négocier collectivement, si les demandeurs avaient gain de cause.

Compte tenu de ces faits, la cause des demandeurs dépend en fin de compte de savoir si le désavantage économique dont souffre un groupe de travailleurs, considéré comme un groupe du seul fait qu'ils travaillent dans un secteur particulier de l'économie, constitue un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1). Il va sans dire que la sagesse, ou non, sur le plan des politiques de relations du travail, de la décision d'exclure les travailleurs agricoles du régime de négociation collective n'est pas pertinente à cet égard.

À mon avis, la situation désavantageuse des travailleurs agricoles ne suffit pas pour faire de la désignation dans la loi de la catégorie des "travailleurs agricole" un motif analogue aux fins de l'application de l'art. 15. Le désavantage économique résulte souvent d'une discrimination fondée sur un motif analogue, de sorte qu'il peut s'agir d'un indice de l'existence d'une telle discrimination. Cependant, le désavantage économique peut avoir de nombreuses causes qui ne justifient pas un examen en fonction de l'art. 15, et la preuve d'un désavantage économique n'établit pas en soi la discrimination fondée sur un motif analogue au sens de l'art. 15. Selon moi, l'absence de preuve de caractéristiques ou traits analogues à ceux énumérés à l'art. 15 permettant de déterminer la composition du groupe des travailleurs agricoles, est fatale à la revendication fondée sur l'art. 15.

III. Conclusion

216

I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, limit the right of agricultural workers
 - (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; or
 - (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

No.

2. Does s. 3(b) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, limit the right of agricultural workers
 - (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*; or
 - (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

No.

3. If the answer to any part of questions 1 or 2 is in the affirmative, is the limitation nevertheless justified under s. 1 of the *Charter*?

In view of the answers to questions 1 and 2 there is no need to answer this question.

Appeal allowed with costs, MAJOR J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

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

Solicitors for the respondent Fleming Chicks: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

III. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles
 - a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou
 - b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

Non.

2. L'alinéa 3b) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles
 - a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*, ou
 - b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

Non.

3. Si la réponse à l'un ou l'autre des volets de la première ou deuxième question est affirmative, la limite est-elle néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte* ?

Compte tenu des réponses données aux questions 1 et 2, il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge MAJOR est dissident.

Procureurs des appelants : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

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

Procureurs de l'intimée Fleming Chicks : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Montréal.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Labour Issues Coordinating Committee: Heenan Blaikie, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le procureur général du Québec, Montréal.

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

Procureurs de l'intervenant le Canadian Labour Congress : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Labour Issues Coordinating Committee : Heenan Blaikie, Toronto.

INDEX

BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

1. Courts — Jurisdiction — Quebec Superior Court — U.S. creditor bringing maritime law action against Belgian ship in Federal Court — Belgian shipowner subsequently adjudged bankrupt in Belgium — Federal Court action proceeding to default judgment — Superior Court making orders purporting to dispose of ship and proceeds of sale — Whether Superior Court had jurisdiction to pronounce orders intended to neutralize effects of Federal Court judgments.

ANTWERP BULKCARRIERS, N.V. (RE), 951.

2. Courts — Jurisdiction — Trustee presenting petition to Quebec Superior Court sitting in bankruptcy seeking to “recuperate” assets held by company with office in British Columbia — Company bringing motion to transfer petition to British Columbia — Whether Superior Court lacked subject matter jurisdiction over petition — Whether Superior Court erred in exercising discretion against making transfer order — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-1, s. 187(7).

SAM LÉVY & ASSOCIÉS INC. v. AZCO MINING INC., 978.

CIVIL LAW

Obligations — Obligations in solidum — Sum of money owed by two different debtors as debt for contractual liability and as balance of selling price — Whether obligations must be regarded as in solidum.

PRÉVOST-MASSON v. GENERAL TRUST OF CANADA, 882.

CIVIL LIABILITY

1. Malicious prosecution — Regime of immunity and extra-contractual civil liability applicable in Quebec law to Attorney General of Quebec and prosecutors — Whether Nelles applies integrally in Quebec — Whether facts alleged against Attorney General and prosecutor meet test set out in Nelles.

PROULX v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 9.

2. Professional liability — Chartered accountant — Whether constituent elements of civil liability established — Whether

CIVIL LIABILITY — Concluded

creditor must exhaust remedies against debtors before bringing action in professional liability.

PRÉVOST-MASSON v. GENERAL TRUST OF CANADA, 882.

COMMERCIAL LAW

Construction — Performance bonds — Delivery — Contractor signing bond with bond company — Bond not delivered to owner — Delivery required to make bond effective.

PAUL D' Aoust CONSTRUCTION LTD. v. MARKEL INSURANCE CO. OF CANADA, 744.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Distribution of legislative powers — Paramountcy doctrine — Naturalization and aliens — Property and civil rights — Practice of law — Federal immigration legislation allowing non-lawyers to appear as counsel for a fee before Immigration and Refugee Board — Provincial legislation prohibiting non-lawyers from appearing for a fee before a tribunal — Whether subject matter of federal legislation falling within both Parliament's jurisdiction over naturalization and aliens and provincial jurisdiction over civil rights — If so, whether provincial legislation inoperative — Constitution Act, 1867, ss. 91(25), 92(13) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 30, 69(1) — Legal Profession Act, S.B.C. 1987, c. 25, s. 26.

LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA v. MANGAT, 113.

2. Charter of Rights — Freedom of association — Contractors charged with hiring employees who did not have competency certificates and workers charged with working without competency certificates as required under Quebec construction legislation — Whether requirement that workers become members of one of listed union groups in order to obtain competency certificates unconstitutional — Whether guarantee of freedom of association includes right not to associate — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry, R.S.Q., c. R-20, ss. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1, 120.

R. v. ADVANCE CUTTING & CORING LTD., 209.

CONSTITUTIONAL LAW — Continued

3. Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Provincial offences courts — Whether justice of the peace acting under provincial offences legislation has power to order costs against Crown for Charter breach — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. P33.

R. v. 974649 ONTARIO INC., 575.

4. Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Preliminary inquiry — Exclusion of evidence — Whether preliminary inquiry justice is court of competent jurisdiction to exclude evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. HYNES, 623.

5. Charter of Rights — Right to be secure against unreasonable search and seizure — Search incident to arrest — Strip search of accused in public place resulting in seizure of crack cocaine — Whether strip search infringed accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. GOLDEN, 679.

6. Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Claimant receiving unemployment insurance benefits while holidaying outside Canada — Claimant filling out Customs Declaration Form on return to Canada — Information contained on form disclosed to Canada Unemployment Insurance Commission — Commission ordering repayment of benefits received by claimant while outside Canada — Provision of information by Revenue Canada (Customs) to Commission not infringing claimant's right to be secure against unreasonable search or seizure — No reasonable expectation of privacy in relation to information disclosed to Commission — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 108(1)(b).

SMITH v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 902.

7. Charter of Rights — Mobility rights — Unemployment insurance legislation disentitling unemployment insurance claimants from receiving benefits while outside Canada — Legislation not infringing claimants' mobility rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6(1) — Unemployment Insurance Act, R.S.C. 1985, c. U-1, s. 32(b).

SMITH v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 902.

8. Charter of Rights — Freedom of association — Exclusion of agricultural workers from statutory labour relations regime — Whether exclusion infringes freedom of association — If so, whether infringement justifiable — Canadian

CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, s. 80 — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, s. 3(b).

DUNMORE v. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL), 1016.

COURTS

1. Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication bans — Criminal proceedings — Trial judge granting one-year ban as to identity of undercover police officers and refusing ban as to operational methods used in investigating accused — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to hear Crown appeal from trial judge's order — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

R. v. MENTUCK, 442.

2. Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication bans — Criminal proceedings — Trial judge granting publication ban on operational methods and identity of undercover police officers — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to hear third party newspaper's appeal from trial judge's order — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

R. v. O.N.E., 478.

3. Jurisdiction — Federal Court of Canada — Maritime law — Stay of proceedings — U.S. creditor bringing maritime law action against Belgian ship in Federal Court — Belgian ship-owner subsequently adjudged bankrupt in Belgium — Quebec Superior Court making orders purporting to dispose of ship and proceeds of sale — Whether Federal Court erred in exercise of its discretion to deny trustees' application for stay of proceedings — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 50.

HOLT CARGO SYSTEMS INC. v. ABC CONTAINERLINE N.V. (TRUSTEES OF), 907.

CRIMINAL LAW

1. Trial — Selection of jury — Challenge for cause — Racial prejudice.

R. v. MANKWE, 3.

2. Charge to jury — Reasonable doubt — Theory of defence — Whether trial judge adequately charged jury on reasonable doubt and theory of defence.

R. v. J.W.R., 7.

CRIMINAL LAW — Continued

3. Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of attempted murder and assault causing bodily harm — Whether pre-Lifchus charge on reasonable doubt in substantial compliance with principles set out in Lifchus.

R. v. RHEE, 364.

4. Robbery — Imitation firearm — Accused charged with using imitation firearm in commission of robbery — Meaning of term “imitation”.

R. v. SCOTT, 425.

5. Trial — Procedure — Cross-examination of witness — Right against self-incrimination — Witness testifying that he and another, and not the accused, committed offence — Crown cross-examining witness as to his knowledge of constitutional protection against self-incrimination — Circumstances in which Crown may conduct such cross-examination — If trial judge erred in permitting cross-examination, whether curative proviso of Criminal Code should be applied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 13 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. JABARIANHA, 430.

6. Publication bans — Appropriate scope of publication ban — Undercover police investigation — Crown seeking publication ban protecting identity of police officers and operational methods used in investigating accused — Trial judge granting one-year ban as to identity of officers and refusing ban as to operational methods — Whether trial judge erred in ordering ban.

R. v. MENTUCK, 442.

7. Publication bans — Appropriate scope of publication ban — Undercover police investigation — Crown successfully seeking publication ban protecting identity of police officers and operational methods used in investigating accused — Whether trial judge erred in ordering ban.

R. v. O.N.E., 478.

8. Second degree murder — Causation — Charge to jury — Appropriate standard of causation for second degree murder — How applicable standard should be explained to jury — Whether trial judge misdirected jury on standard of causation.

R. v. NETTE, 488.

9. Murder — Causation — Whether same standard of causation applicable to all homicide offences — Whether

CRIMINAL LAW — Concluded

“substantial cause” standard applies only to first degree murder under s. 231(5) of Criminal Code.

R. v. NETTE, 488.

10. Search and seizure — Search incident to arrest — Strip search of accused in public place resulting in seizure of crack cocaine — Whether scope of common law “search incident to arrest” power broad enough to encompass authority to strip search arrested individual — If so, whether common law reasonable — Whether strip search of accused was carried out in reasonable manner.

R. v. GOLDEN, 679.

11. Appeals — Powers of court of appeal — Error of law — Miscarriage of justice — Curative proviso — Whether trial judge erred in refusing to order mistrial where jury was provided with transcripts containing submissions made in absence of jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1).

R. v. KHAN, 823.

12. Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Majority of Court of Appeal setting aside accused’s conviction for driving while disqualified — Court of Appeal expressing differences of opinion on legal issues but dissent not resting on question of law alone — Supreme Court without jurisdiction to hear Crown’s appeal — Appeal quashed — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 693(1)(a).

R. v. LARIVIÈRE, 1013.

CUSTOMS AND EXCISE

Disclosure of information — Revenue Canada (Customs) disclosing information to Canada Employment Insurance Commission pursuant to memorandum of understanding for data capture and release of customs information on travellers — Program aimed at identifying those receiving employment insurance benefits while out of Canada — Disclosure of information authorized by Privacy Act and Customs Act — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8 — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 108(1).

PRIVACY ACT (CAN.) (RE), 905.

EMPLOYMENT INSURANCE

Disentitlement — Persons outside Canada — Revenue Canada (Customs) disclosing information to Canada Employment

EMPLOYMENT INSURANCE — Concluded

Insurance Commission pursuant to memorandum of understanding for data capture and release of customs information on travellers — Program aimed at identifying those receiving employment insurance benefits while out of Canada — Disclosure of information authorized by Privacy Act and Customs Act — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8 — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 108(1).

PRIVACY ACT (CAN.) (RE), 905.

INCOME TAX

Tax on large corporation — Capital — Corporate taxpayer obtaining financing from bank to acquire new buses — Minister of National Revenue reassessing indebtedness as part of taxpayer's capital under s. 181.2(3) of Income Tax Act — Minister's reassessments upheld.

AUTOBUS THOMAS INC. V. CANADA, 5.

INDIANS

Reserves — Lands taken for public purposes — Federal order in council granting province interest in lands occupied by irrigation canal crossing Indian reserve — Whether lands taken by province are still "in the reserve" such that they are assessable and taxable pursuant to Band by-laws — Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 35 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 83(1)(a) — Water Act, R.S.B.C. 1948, c. 361, s. 21.

OSOYOOS INDIAN BAND V. OLIVER (TOWN), 746.

INSURANCE

Commercial general liability insurance — Exclusions — Coverage excluded for bodily injury or property damage arising out of the ownership, use or operation of an automobile and for bodily injury or property damage with respect to which any automobile policy is in effect — Accident caused by employee's failure to safely clean up work site and failure to ensure supply truck could be operated safely — Supply truck covered by automobile insurance policy — Whether use of supply truck was proximate cause of accident — Whether accident resulting from concurrent sources of causation — If so, whether general liability policy provides coverage where there are two concurrent causes, one of which is excluded from coverage — Whether exclusion clauses should be interpreted to exclude coverage under

INSURANCE LAW — Concluded

general liability policy — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 267.1.

DERKSEN V. 539938 ONTARIO LTD., 398.

LABOUR LAW

Quebec construction industry — Contractors charged with hiring employees who did not have competency certificates and workers charged with working without competency certificates as required under Quebec construction legislation — Whether requirement that workers become members of one of listed union groups in order to obtain competency certificates unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Act Respecting Labour Relations, Vocational Training and Manpower Management in the Construction Industry, R.S.Q., c. R-20, ss. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1, 120.

R. V. ADVANCE CUTTING & CORING LTD., 209.

PRACTICE

1. Class actions — Certification — Plaintiff complaining of noise and physical pollution from landfill owned and operated by city — Plaintiff bringing action against city as representative of some 30,000 other residents who live in vicinity of landfill — Whether plaintiff meets certification requirements set out in provincial class action legislation — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1).

HOLLICK V. TORONTO (CITY), 158.

2. Class actions — Class certification — Plaintiffs seeking to represent current and former students abused at residential school for deaf and blind operated by province — Whether plaintiffs meet certification requirements set out in provincial class action legislation — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4.

RUMLEY V. BRITISH COLUMBIA, 184.

3. Supreme Court of Canada — Motion to substitute or to add parties — Leave to appeal — Intervener in lower courts who had participated actively in debate requesting that she be substituted as a party to contest application for leave to appeal — Respondent on leave application not wanting to debate its merits — Intervener's participation in this Court justified and necessary to inform Court fully and to obtain her assessment of the matters in

PRACTICE — Concluded

issue — Motion granted in part — Intervener authorized to file objection to application for leave as if she were a respondent in the application for leave.

CANADIAN PACIFIC LTD. v. MONTREAL URBAN COMMUNITY, 426.

PRIVACY

Disclosure of personal information — Revenue Canada (Customs) disclosing information to Canada Employment Insurance Commission pursuant to memorandum of understanding for data capture and release of customs information on travelers — Program aimed at identifying those receiving employment insurance benefits while out of Canada — Disclosure of information authorized by Privacy Act and Customs Act — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8 — Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 108(1).

PRIVACY ACT (CAN.) (RE), 905.

TORTS

1. Negligence — Duty of care — Statutory regulators — Registrar of mortgage brokers — Registered mortgage broker using funds for unauthorized purposes — Investors alleging that losses would have been avoided or diminished if Registrar had acted sooner to suspend broker's licence — Whether Registrar owed private law duty of care to members of investing public giving rise to liability in negligence for economic losses that investors sustained — Role of policy concerns in determining scope of liability for negligence.

COOPER v. HOBART, 537.

2. Negligence — Duty of care — Statutory regulators — Law Society — Misuse of solicitor's trust account — Funds in gold delivery fraud being paid into law firm's trust account — Law Society starting investigation after being informed by solicitor that his trust account was used in unorthodox manner — Whether Law Society owes duty of care to persons who deposit money into a solicitor's trust account in respect of losses resulting from misuse of account.

EDWARDS v. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, 562.

INDEX

ASSURANCE

Assurance responsabilité civile des entreprises — Exclusions — Exclusion de la garantie en cas de lésions corporelles ou dommages matériels découlant de la propriété, de l'usage ou de la conduite d'une automobile et de lésions corporelles ou dommages matériels visés par une police d'assurance automobile en vigueur — Accident causé par l'omission d'un employé de nettoyer le chantier pour qu'il soit sécuritaire et de veiller à ce que le camion d'approvisionnement puisse être conduit de façon sécuritaire — Camion d'approvisionnement couvert par la police d'assurance automobile — L'usage du camion d'approvisionnement a-t-il été la cause immédiate de l'accident? — L'accident est-il le résultat de sources concourantes de causalité? — Dans l'affirmative, la garantie de la police d'assurance responsabilité civile s'applique-t-elle lorsqu'il y a eu deux causes concourantes et que l'une de ces causes est exclue? — Les clauses d'exclusion ont-elles pour effet d'écarter la garantie prévue par la police d'assurance responsabilité civile? — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 267.1.

DERKSEN C. 539938 ONTARIO LTD., 398.

ASSURANCE-EMPLOI

Inadmissibilité — Prestataires à l'étranger — Communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la Commission de l'assurance-emploi du Canada aux termes d'un protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs — Programme ayant pour but d'identifier les prestataires d'assurance-emploi qui n'ont pas signalé leur absence du Canada — Communication de renseignements autorisée par la Loi sur la protection des renseignements personnels et la Loi sur les douanes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 108(1).

LOI SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS (CAN.) (RE), 905.

DOUANES ET ACCISE

Communication de renseignements — Communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la Commission

DOUANES ET ACCISE — Fin

de l'assurance-emploi du Canada aux termes d'un protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs — Programme ayant pour but d'identifier les prestataires d'assurance-emploi qui n'ont pas signalé leur absence du Canada — Communication de renseignements autorisée par la Loi sur la protection des renseignements personnels et la Loi sur les douanes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 108(1).

LOI SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS (CAN.) (RE), 905.

DROIT CIVIL

Obligations — Obligations in solidum — Somme d'argent due comme créance en responsabilité contractuelle et comme solde de prix de vente par deux débiteurs différents — Les obligations doivent-elles être considérées in solidum?

PRÉVOST-MASSON C. TRUST GÉNÉRAL DU CANADA, 882.

DROIT COMMERCIAL

Construction — Garanties de bonne exécution — Livraison — Entrepreneur signant une garantie de bonne exécution avec une compagnie garante — Acte de garantie non livré au propriétaire — Livraison requise pour que la garantie s'applique.

PAUL D'AOUST CONSTRUCTION LTD. C. MARKEL COMPAGNIE D'ASSURANCE DU CANADA, 744.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Partage des pouvoirs législatifs — Règle de la prépondérance — Naturalisation et aubains — Propriété et droits civils — Exercice du droit — Loi fédérale en matière d'immigration autorisant des non-avocats à comparaître en qualité de procureur rétribué devant la Commission de l'immigration et du

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

statut de réfugié — Loi provinciale interdisant aux non-avocats de comparaître en qualité de procureur rétribué devant un tribunal administratif — La matière visée par la loi fédérale relève-t-elle à la fois de la compétence du Parlement relative à la naturalisation et aux aubains et de la compétence provinciale concernant les droits civils? — Dans l'affirmative, la loi provinciale est-elle inopérante? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(25), 92(13) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 30, 69(1) — Legal Profession Act, S.B.C. 1987, ch. 25, art. 26.

LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA c. MANGAT, 113.

2. Charte des droits — Liberté d'association — Entrepreneurs accusés d'avoir embauché des travailleurs non titulaires des certificats de compétence requis par la législation sur la construction du Québec et personnes accusées d'avoir travaillé sans être titulaires de ces certificats — L'exigence que les travailleurs deviennent membres de l'un des groupes syndicaux énumérés pour obtenir des certificats de compétence est-elle inconstitutionnelle? — La garantie de la liberté d'association comporte-t-elle le droit de non-association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction, L.R.Q., ch. R-20, art. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1, 120.

R. c. ADVANCE CUTTING & CORING LTD., 209.

3. Charte des droits — Tribunal compétent — Tribunal des infractions provinciales — Le juge de paix agissant en vertu de la Loi sur les infractions provinciales a-t-il le pouvoir de condamner la Couronne aux dépens en cas de violation de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33.

R. c. 974649 ONTARIO INC., 575.

4. Charte des droits — Tribunal compétent — Enquête préliminaire — Exclusion d'éléments de preuve — Le juge présidant une enquête préliminaire est-il un tribunal compétent pour écarter des éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. HYNES, 623.

5. Charte des droits — Droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives — Fouille accessoire à une arrestation — Saisie de crack résultant de la fouille à nu d'un accusé dans un endroit public — La fouille à nu de l'accusé a-t-elle porté atteinte au droit de ce dernier à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. c. GOLDEN, 679.

6. Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Prestataire d'assurance-chômage n'ayant pas signalé son absence du Canada — Prestataire remplissant un formulaire

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

de déclaration de douane à son retour au Canada — Renseignements inscrits sur le formulaire communiqués à la Commission d'assurance-chômage du Canada — Commission ordonnant le remboursement des prestations touchées pendant le séjour à l'étranger — Disposition prévoyant la communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la Commission ne portant pas atteinte au droit du prestataire à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Absence d'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée en ce qui concerne les renseignements communiqués à la Commission — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 108(1b).

SMITH C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 902.

7. Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Disposition en matière d'assurance-chômage rendant les prestataires d'assurance-chômage inadmissibles au bénéfice des prestations pendant qu'ils sont à l'étranger — Disposition ne portant pas atteinte à la liberté de circulation et d'établissement des prestataires — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(1) — Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. 1985, ch. U-1, art. 32b).

SMITH C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 902.

8. Charte des droits — Liberté d'association — Exclusion des travailleurs agricoles du régime légal de relations de travail — L'exclusion porte-t-elle atteinte à la liberté d'association? — Dans cette éventualité, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi, L.O. 1995, ch. 1, art. 80 — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, art. 3b).

DUNMORE C. ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL), 1016.

DROIT CRIMINEL

1. Procès — Sélection des jurés — Récusation motivée — Préjugés raciaux.

R. c. MANKWE, 3.

2. Exposé au jury — Doute raisonnable — Thèse de la défense — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives suffisantes sur le doute raisonnable et la thèse de la défense?

R. c. J.W.R., 7.

3. Exposé au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de tentative de meurtre et de voies de fait causant des lésions corporelles — L'exposé sur le doute raisonnable antérieur à l'arrêt Lifchus est-il conforme pour l'essentiel aux principes de cet arrêt?

R. c. RHEE, 364.

DROIT CRIMINEL — Suite

4. Vol qualifié — Fausse arme à feu — Accusé inculpé d'usage d'une fausse arme à feu lors de la perpétration d'un vol qualifié — Interprétation du terme « fausse ».

R. C. SCOTT, 425.

5. Procès — Procédure — Contre-interrogatoire d'un témoin — Protection contre l'auto-incrimination — Témoin disant que lui et un autre, et non l'accusé, ont commis l'infraction — Contre-interrogatoire du ministère public sur la connaissance du témoin de la protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination — Circonstances autorisant ce type de contre-interrogatoire par le ministère public — Si le juge a fait erreur en autorisant le contre-interrogatoire, faut-il appliquer la disposition réparatrice du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 13 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. C. JABARIANHA, 430.

6. Interdictions de publication — Portée qu'il convient de donner à l'interdiction de publication — Enquête policière secrète — Le ministère public a sollicité une interdiction de publication en vue de protéger l'identité des policiers et les méthodes employées dans le cadre de l'enquête visant l'accusé — Le juge du procès a accordé pour un an l'interdiction de publier l'identité des policiers et a refusé d'ordonner une interdiction quant aux méthodes utilisées — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ordonnant l'interdiction?

R. C. MENTUCK, 442.

7. Interdictions de publication — Portée qu'il convient de donner à l'interdiction de publication — Enquête policière secrète — Le ministère public a demandé avec succès une interdiction de publication visant à protéger l'identité des policiers ainsi que les méthodes utilisées dans l'enquête sur l'accusée — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ordonnant l'interdiction de publication?

R. C. O.N.E., 478.

8. Meurtre au deuxième degré — Lien de causalité — Exposé au jury — Critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré — Façon d'expliquer ce critère au jury — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives erronées sur le critère de causalité applicable?

R. C. NETTE, 488.

9. Meurtre — Lien de causalité — Le critère de causalité applicable est-il le même pour toutes les infractions d'homicide? — Le critère de la « cause substantielle » s'applique-t-il seulement au meurtre au premier degré prévu à l'art. 231(5) du Code criminel?

R. C. NETTE, 488.

DROIT CRIMINEL — Fin

10. Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à une arrestation — Saisie de crack résultant de la fouille à nu d'un accusé dans un endroit public — Le pouvoir reconnu par la common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est-il assez vaste pour englober le pouvoir de soumettre une personne arrêtée à une fouille à nu? — Dans l'affirmative, la common law est-elle raisonnable? — La fouille à nu de l'accusé a-t-elle été effectuée de manière raisonnable?

R. C. GOLDEN, 679.

11. Appels — Pouvoirs d'une cour d'appel — Erreur de droit — Erreur judiciaire — Disposition réparatrice — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant d'annuler le procès alors que le jury avait reçu une transcription contenant des arguments présentés en l'absence du jury? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1).

R. C. KHAN, 823.

12. Appels devant la Cour suprême du Canada — Pourvoi de plein droit — Annulation par la majorité de la Cour d'appel de la déclaration de culpabilité de l'accusé pour conduite pendant une interdiction — Différences d'opinion en Cour d'appel sur des questions de droit, mais la dissidence ne repose pas sur une simple question de droit — La Cour suprême n'a pas compétence pour entendre le pourvoi du ministère public — Pourvoi annulé — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 693(1)a).

R. C. LARIVIÈRE, 1013.

DROIT DU TRAVAIL

Industrie de la construction du Québec — Entrepreneurs accusés d'avoir embauché des travailleurs non titulaires des certificats de compétence requis par la législation sur la construction du Québec et personnes accusées d'avoir travaillé sans être titulaires de ces certificats — L'exigence que les travailleurs deviennent membres de l'un des groupes syndicaux énumérés pour obtenir des certificats de compétence est-elle inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction, L.R.Q., ch. R-20, art. 28-40, 85.5, 85.6, 119.1, 120.

R. C. ADVANCE CUTTING & CORING LTD., 209.

FAILLITE ET INSOLVABILITÉ

1. Tribunaux — Compétence — Cour supérieure du Québec — Créancier américain intentant en Cour fédérale une action fondée sur le droit maritime contre un navire

FAILLITE ET INSOLVABILITÉ — Fin

belge — Faillite du propriétaire belge survenue par la suite en Belgique — Action en Cour fédérale donnant lieu à un jugement par défaut — Cour supérieure délivrant des ordonnances censées statuer sur le sort du navire et le produit de la vente — La Cour supérieure du Québec avait-elle compétence pour délivrer des ordonnances visant à stériliser les effets des jugements rendus par la Cour fédérale?

ANTWERP BULKCARRIERS, N.V. (RE), 951.

2. Tribunaux — Compétence — Présentation à la Cour supérieure du Québec siégeant en matière de faillite d'une requête du syndic visant à « recouvrer » des biens retenus par une société ayant un bureau en Colombie-Britannique — Présentation par la société d'une requête sollicitant le renvoi en Colombie-Britannique de la requête en recouvrement de biens — La Cour supérieure était-elle incompétente *ratione materiae* pour entendre la requête en recouvrement de biens? — La Cour supérieure a-t-elle commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour refuser de renvoyer l'affaire? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-1, art. 187(7).

SAM LÉVY & ASSOCIÉS INC. C. AZCO MINING INC., 978.

IMPÔT SUR LE REVENU

Impôt des grandes sociétés — Capital — Société contribuable obtenant auprès d'une banque un financement pour l'achat d'autobus neufs — Ministre du Revenu national établissant une nouvelle cotisation en ajoutant les dettes du contribuable à son capital en vertu de l'art. 181.2(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Nouvelles cotisations du ministre confirmées.

AUTOBUS THOMAS INC. C. CANADA, 5.

INDIENS

Réserves — Terres prises pour cause d'utilité publique — Décret fédéral concédant à la province un droit sur des terres occupées par un canal d'irrigation traversant une réserve indienne — Les terres prises par la province sont-elles encore « dans la réserve » et, de ce fait, évaluable et imposable en vertu de la réglementation pertinente de la Bande — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 35 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 83(1a) — Water Act, R.S.B.C. 1948, ch. 361, art. 21.

BANDE INDIENNE D'OISOYOOS C. OLIVER (VILLE), 746.

PRATIQUE

1. Recours collectifs — Certification — Plainte contre du bruit et de la pollution provenant d'une décharge municipale —

PRATIQUE — Fin

Action intentée par le demandeur contre la ville à titre de représentant de 30 000 autres personnes vivant dans les environs de la décharge — Les demandeurs respectent-ils les conditions de certification établies dans la loi provinciale sur les recours collectifs? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1).

HOLLICK C. TORONTO (VILLE), 158.

2. Recours collectifs — Certification — Les demandeurs cherchent à représenter des élèves actuels et anciens victimes d'agressions dans un pensionnat pour sourds et aveugles administré par la province — Les demandeurs respectent-ils les conditions de certification établies dans la loi provinciale sur les recours collectifs? — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4.

RUMLEY C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 184.

3. Cour suprême du Canada — Requête en substitution ou en ajout de partie — Demande d'autorisation de pourvoi — Intervenante devant les tribunaux d'instance inférieure ayant participé activement au débat voulant être substituée à une partie pour contester la demande d'autorisation de pourvoi — Intimée à la demande d'autorisation n'ayant pas l'intention d'en contester le bien-fondé — Participation de l'intervenante devant la Cour justifiée et nécessaire pour éclairer complètement la Cour et pour obtenir son appréciation de l'importance des questions en litige — Requête accueillie en partie — Intervenante autorisée à déposer une contestation de la demande d'autorisation, comme si elle était intimée à la requête en autorisation.

CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL, 426.

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Communication de renseignements personnels — Communication de renseignements par Revenu Canada (Douanes) à la Commission de l'assurance-emploi du Canada aux termes d'un protocole d'entente auxiliaire pour la collecte et la communication de données extraites des renseignements recueillis par les douanes sur les voyageurs — Programme ayant pour but d'identifier les prestataires d'assurance-emploi qui n'ont pas signalé leur absence du Canada — Communication de renseignements autorisée par la Loi sur la protection des renseignements personnels et la Loi sur les douanes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8 — Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 108(1).

LOI SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS (CAN.) (RE), 905.

RESPONSABILITÉ CIVILE

1. Poursuites criminelles abusives — Régime d'immunité de responsabilité civile extra-contractuelle applicable en droit québécois au procureur général du Québec et à ses substituts — L'arrêt Nelles s'applique-t-il intégralement au Québec? — Les faits reprochés au procureur général et à son substitut rencontrent-ils les critères de l'arrêt Nelles?

PROULX C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 9.

2. Responsabilité professionnelle — Comptable agréé — Les éléments constitutifs de la responsabilité civile ont-ils été établis? — Le créancier doit-il épuiser ses recours contre les débiteurs avant d'intenter son recours en responsabilité professionnelle?

PRÉVOST-MASSON C. TRUST GÉNÉRAL DU CANADA, 882.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Négligence — Obligation de diligence — Organismes de réglementation — Registrateur des courtiers en hypothèques — Courtier en hypothèques inscrit utilisant des fonds à des fins non autorisées — Investisseurs alléguant que les pertes subies auraient été évitées ou réduites si le registrateur avait agi plus tôt pour suspendre le permis du courtier — Le droit privé impose-t-il au registrateur une obligation de diligence à l'égard des investisseurs mettant en cause sa responsabilité pour négligence quant aux pertes financières qu'ils ont subies? — Rôle des considérations de politique dans la détermination de l'étendue de la responsabilité pour négligence.

COOPER C. HOBART, 537.

2. Négligence — Obligation de diligence — Organismes de réglementation — Barreau — Malversations à l'égard du compte en fiducie d'un avocat — Fonds provenant d'une fraude en matière de livraison d'or versés dans le compte en fiducie d'un cabinet d'avocats — Enquête du Barreau à la suite d'une information de l'avocat selon laquelle son compte était utilisé de manière peu orthodoxe — Le Barreau a-t-il une obligation de diligence envers les personnes qui déposent des sommes d'argent dans le compte en fiducie d'un avocat et qui subissent des pertes résultant de malversations?

EDWARDS C. BARREAU DU HAUT-CANADA, 562.

TRIBUNAUX

1. Cour suprême du Canada — Compétence — Interdictions de publication — Procédures criminelles — Le juge du procès a accordé pour un an l'interdiction de publier l'identité des policiers banalisés et a refusé d'ordonner une interdiction quant aux méthodes utilisées dans le cadre de l'enquête visant l'accusé — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi interjeté par le ministère public contre l'ordonnance du juge du procès? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1), (3).

R. C. MENTUCK, 442.

2. Cour suprême du Canada — Compétence — Interdictions de publication — Procédures criminelles — Le juge du procès a accordé une interdiction de publication relativement aux méthodes d'enquête utilisées et à l'identité des policiers banalisés — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi d'un tiers, un journal, contre une ordonnance du juge du procès? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1), (3).

R. C. O.N.E., 478.

3. Compétence — Cour fédérale du Canada — Droit maritime — Suspension des procédures — Créancier américain intentant en Cour fédérale une action fondée sur le droit maritime contre un navire belge — Faillite du propriétaire belge survenue par la suite en Belgique — Cour supérieure du Québec délivrant des ordonnances censées statuer sur le sort du navire et le produit de la vente — La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser la demande de suspension des procédures présentée par les syndicats? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 50.

HOLT CARGO SYSTEMS INC. C. ABC CONTAINERLINE N.V. (SYNDICS DE), 907.

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